

Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht.

Von

Dr. Ernst Levy,
Amtsrichter a. D., Privatdozent an der Universität Berlin.

Erster Band.



Berlin, 1918.
Verlag von Franz Vahlen
W 9, Linkstraße 16.

EMIL SECKEL

DEM LEHRER UND FORSCHER

Vorwort.

Endlich kann ich den ersten Band dieses Buches vorlegen, das mich seit langem beschäftigt hat, das Anfang Juli 1914 im ersten Text zu Ende geführt war und in Jahresfrist hätte druckfertig werden sollen. Auch hier hat der Krieg ein Machtwort gesprochen. Die Arbeit kam ins Stocken, bald ruhte sie ganz. Erst als das Jahr 1918 mich wieder in die Heimat führte, war die Drucklegung in Angriff zu nehmen. Nun durfte sie durch den Wunsch nach sachlicher Überprüfung nicht mehr aufgehalten und so vielleicht ganz in Frage gestellt werden.

Diese Umstände müssen es rechtfertigen, daß das Buch nicht überall auf den Stand gebracht ist, der mir früher vorgeschwebt hat. Nach Jahren so unerhörter Erschütterungen ließ sich der Faden nicht da wiederaufnehmen, wo er einstens liegengeblieben war. Insbesondere in der Heranziehung der Literatur machen sich Unterschiede geltend. Von den während des Krieges erschienenen Schriften ist nur teilweise Notiz genommen. Den 38. Band der Zeitschrift der Savigny-Stiftung konnte ich nicht mehr berücksichtigen.

Den zweiten Band, über dessen Inhalt die Andeutungen der Disposition (§ 10) und viele Verweisungen unterrichten, hoffe ich folgen zu lassen, sobald ich ihn einer Durchsicht unterzogen habe. Hingewiesen ist auf ihn (wie vereinzelt auch auf Stellen dieses Bandes) mittels Paragraphenziffern, die sich gegenüber den in den Vorarbeiten (Privatstrafe und Schadensersatz; ZSSt. 36, 1 ff.; ZSSt. 37, 14 ff.) angeführten Zahlen vielfach geändert haben. Eine Gegenüberstellung beider Zahlenreihen wird dem zweiten Bande angefügt werden. Dagegen begleiten Quellenverzeichnis und Schlagwortregister schon den vorliegenden Band. Das Schlagwortregister soll die durch das Inhaltsverzeichnis und die zahlreichen Verweisungen innerhalb des Buches gebotenen Handhaben ergänzen und beschränkt sich deshalb auf Themen allgemeineren Charakters und wichtigere Wendungen der Juristensprache.

Zur Deckung der jetzt stark gestiegenen Kosten der Drucklegung hat der hohe Senat der Königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin mir aus der von Cunyschen Stiftung eine beträchtliche Beihilfe gewährt, für die ich auch an dieser Stelle meinen warmen Dank aussprechen möchte. Gern erstrecke ich ihn auf den Verlag, dessen allbereites Entgegenkommen die heute dem Druck entgegenstehenden Schwierigkeiten erfolgreich hat überwinden helfen. Ein letztes Wort gebührt endlich dem Manne, in dessen Hand ich dieses Buch legen darf. Emil Seckel hat nicht bloß als Referent für die Habilitationsschrift, zu der der Allgemeine Teil dieses Bandes gehörte, mir eine Reihe geistvoller Hinweise gegeben; er hat durch alle Wechselfälle dieser Jahre hindurch den Glauben an die Vollendung der Arbeit in mir erhalten und gestärkt. Dafür schulde ich ihm unendlichen Dank.

Berlin-Grunewald, den 21. August 1918.

Ernst Levy.

Inhalt.

Seite

Vorwort V
Abkürzungen XI
Berichtigungen XII

Allgemeiner Teil (Grundlegung).

Einleitendes.

§ 1. Gründe für die gemeinsame Behandlung der Konkurrenzen . . . 1
I. Wider die Gegenansichten 5
II. Rechtfertigung 8
§ 2. Die Abgrenzung des Konkurrenzgebietes 17
I. Negativ 17
II. Positiv 36
III. Aus Zweckmäßigkeitsrücksichten 40
§ 3. Terminologisches 41

Grundzüge der Prozesskonsumption.

§ 4. A. Das Wesen der Prozeßkonsumption 48
§ 5. B. Die Voraussetzung der Prozeßkonsumption: *eadem res* . . . 76
I. Die *eadem causa*.
§ 6. a) Allgemeines 80
§ 7. b) Anwendung auf Konkurrenzfälle 98
II. Dasselbe Ziel.
§ 8. a) Allgemeines: *actio* und *praestatio* 115
§ 9. b) Anwendung auf Konkurrenzfälle 119
§ 10. C. Disposition 121

Besonderer Teil.

Erster Abschnitt: Die zivile Konsumption.

I. Aktionenkonkurrenz (im engeren Sinne).

§ 11. 1. *Rei vindicatio* ∽ *hereditatis petitio* 123
Anhang: *actio communi dividundo* ∽ *actio familiae erciscundae* 128
§ 12. 2. Schuldklage ∽ *hereditatis petitio* 131
§ 13. 3. *Actio redhibitoria* ∽ *actio quanti minoris* 134
§ 14. 4. *Actio tutelae* ∽ *actio rationibus distrahendis* 143
§ 15. 5. Adjektizische Klagen.
a) *Actio de peculio* ∽ *actio quod iussu* 150

Seite

b) *Actio de peculio* ∽ *actio tributoria* 154
c) *Actio de peculio ordinarii nomine* ∽ *actio de peculio vicarii nomine* 156
§ 16. 6. *Actio noxalis* ∽ *actio sine noxae deditione* 158

II. Passive Personenkonkurrenz.

§ 17. 1. *Rei promittendi* 173
§ 18. 2. Hauptschuldner und Bürge 190
§ 19. 3. Mehrere Bürgen 193
§ 20. 4. *Actio ex testamento* 193
§ 21. 5. *Actio mandati* 194
§ 22. 6. *Actiones depositi, commodati, empti venditi, locati conducti* . 204
§ 23. 7. Gesamthaftende Gesellschafter 218
§ 24. 8. *Actio tutelae* 220
§ 25. 9. Adjektizische Klagen 238
a) *Actio de peculio* 241
b) *Actio exercitoria* 266
c) *Actio institoria* 268
d) *Actio tributoria* 271
e) *Actio quod iussu* 272
§ 26. 10. *Actio aquae pluviae arcendae* 272
§ 27. 11. *Condictio furtiva* 279
§ 28. 12. *Interdicta.*
a) *Interdictum unde vi* 285
b) *Interdictum quod vi aut clam* 295
§ 29. 13. *Actio subsidiaria* 304
§ 30. 14. Noxalklagen 309
a) Mehrere *domini ignorantes* 309
b) *Suum esse servum respondens* ∽ wirklicher *dominus* . . . 313
c) Bösliche Entsitzer und verwandte Fälle 319
§ 31. 15. *Actio de effusis vel deiectis* 328

III. Passive doppelte Konkurrenz.

§ 32. 1. Adjektizische Klagen 331
a) *Actio directa* gegen den *magister* ∽ *actio exercitoria* gegen den *exercitor* 331
b) *Actio tributoria* gegen den *dominus sciens* ∽ *actio de peculio* gegen den *dominus ignorans* 337
c) *Actio institoria* gegen den *qui institorem praeposuit* ∽ *actio ex inferioribus edictis* gegen den *dominus* 338
§ 33. 2. Noxalklagen 339
a) *Venditor sciens* ∽ *emptor ignorans* 339
b) *Dominus sciens* ∽ *dominus ignorans* 340
c) *Actio noxalis* gegen den *dominus* ∽ *actio directa* gegen den *manumissus* 356

Seite

§ 34. 3. *Actio de peculio* gegen den *dominus* + *actio ex stipulatu* gegen den *fideiussor servi* 358

IV. Aktive Personenkonkurrenz.

§ 35. Einleitung 375
§ 36. 1. *Rei stipulandi* 377
§ 37. 2. *Actio ex testamento*. 381
§ 38. 3. Literalvertrag 382
§ 39. 4. *Actio depositi* 385
§ 40. 5. *Actio aquae pluviae arcendae* 387
§ 41. 6. *Condictio furtiva* 388
§ 42. 7. *Actio furti* 393
§ 43. 8. *Actiones populares* 395
§ 44. 9. Anteilsmäßige Berechtigung bei Deliktsklagen 399

V. Aktive doppelte Konkurrenz.

§ 45. *Actio rerum amotarum* des Ehemannes (Pfandgläubigers) ∽ *condictio furtiva* des Eigentümers 412

Zweiter Abschnitt: Ungehemmte Kumulation.

I. Aktionenkonkurrenz (im engeren Sinne).

A. Konkurrenzen, an denen Nichtstrafklagen beteiligt sind.

1. Verschiedener Klaggrund, verschiedenes Klagziel.

§ 46. 1. *Rei vindicatio* ∽ *actio furti* (und ähnliche). 416
§ 47. 2. *Rei vindicatio* + *condictio* 423
§ 48. 3. *Rei vindicatio* ∽ Besitzinterdikte 424
§ 49. 4. *Bonae fidei iudicia* ∽ *actio furti* 427

2. Identischer Klaggrund, verschiedenes Klagziel.

§ 50. 1. *Actio furti* ∽ *condictio furtiva* 428
§ 51. 2. *Actio vi bonorum raptorum* ∽ *condictio furtiva* 429
§ 52. 3. *Condictio furtiva* ∽ Noxalklagen 436
Anhang: Die *actio rerum amotarum filiae familias nomine* . 448

3. Verschiedener Klaggrund, identisches Klagziel.

§ 53. 1. *Actio ex testamento* ∽ *actio ex stipulatu* 453
§ 54. 2. *Actio empti* aus mehreren Käufen 456
§ 55. 3. *Actio ex testamento* ∽ *actio empti* 460

B. Konkurrenzen zwischen Strafklagen.

§ 56. Einleitung 462
§ 57. 1. *Actio furti (vi bonorum raptorum)* ∽ *actio legis Aquiliae* . . 463
§ 58. 2. *Actio furti* ∽ *actio iniuriarum* 465
§ 59. 3. *Actio furti* ∽ *actio servi corrupti* 466

Seite

§ 60. 4. *Actio legis Aquiliae ex capite III* + *actio legis Aquiliae ex capite I* 470
§ 61. 5. *Actio* aus Tit. Dig. 47, 4 + *actio legis Aquiliae ex capite III* 471
§ 62. 6. *Actio furti* aus mehreren Diebstählen 473
§ 63. 7. *Actio* gegen den Kalumniator aus mehreren Bestechungen . 474
§ 64. 8. *Actio rationibus distrahendis* ∽ *actio furti* 475

II. Passive Personenkonkurrenz.

§ 65. Einleitung 476
§ 66. 1. *Actio iniuriarum* 479
§ 67. 2. *Actio de albo corrupto* 479
§ 68. 3. *Actio furti* 480
§ 69. 4. *Actio* aus Tit. Dig. 47, 4 483
§ 70. 5. *Actio legis Aquiliae* 484
§ 71. 6. *Actio arborum furtim caesarum* 488
§ 72. 7. *Interdictum quod vi aut clam* 488
§ 73. 8. *Actio* gegen diejenigen, die *eum qui in ius vocabitur vi eximant* 489
§ 74. 9. *Actio* gegen die Publikanen wegen ungerechtfertigter Zwangsbeitreibung 489
§ 75. 10. Deliktsklagen *detracta noxae deditione* 493
§ 76. 11. *Actio* gegen diejenigen, *per quos factum erit, quo minus quis vadimonium sistat* 498

III. Aktive Personenkonkurrenz 501

§ 77. 1. Stipulation 502
§ 78. 2. *Actio iniuriarum* 506

§ 79. IV. Doppelte Konkurrenz 510

Schlagwortregister 511
Quellen 514

Abkürzungen
(außer den allbekannten).

Alibrandi = Del concorso delle azioni (vgl. S. 4 N. 1).
Ascoli = Sulle obbligazioni solidali (vgl. S. 4 N. 1).
Beseler = Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen (1910—1913).
Binder = Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht (1899).
Bruns-Gradenwitz = Fontes iuris Romani antiqui, 7. Aufl. (1909).
Dernburg = Pandekten, 7. Aufl. 1902/03.
Eisele 77 oder 79 = ArchZivPrax. Bd. 77 oder 79 (vgl. S. 4 N. 1).
Ferrini, D[ir]. p[en]. r[om]. = Diritto penale romano (1899).
Ferrini, Esp[os]. = Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano in Pessina, Enciclopedia del diritto penale italiano I (1905).
Girard = Manuel élémentaire de droit romain, 5. Aufl. (1911).
Kann = Klagenmehrheit bei einem Delikt (1901).
Karlowa = Römische Rechtsgeschichte (1885, 1901).
Lenel (mit oder ohne: Ed.) = Das Edictum perpetuum, 2. Aufl. (1907).
Lenel, Pal. oder (z. B.) Ulp. Nr. . . . = Palingenesia iuris civilis (1889).
Levy (mit oder ohne: Priv.) = Privatstrafe und Schadensersatz (1915).
Merkel = Über den Konkurs der Aktionen (1877).
Mitteis (mit oder ohne: RPR.) = Römisches Privatrecht I (1908).
Perozzi = Istituzioni di diritto romano (1906, 1908).
Rabel (mit oder ohne RPR.) = Grundzüge des römischen Privatrechts (1915).
Seckel oder Seckel-Heumann = Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl. (1907).
Siber = Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio (1907).
Windscheid (-Kipp) = Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. (1906).

Bull. = Bullettino dell'Istituto di diritto romano.
Pauly-Wissowa | R.-E. = Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft.
Riv. = Rivista italiana per le scienze giuridiche.
VIR. = Vocabularium iurisprudentiae romanae.

Hereditatis petitio + *rei vindicatio* bezeichnet den Fall, in dem zuerst über die *hereditatis petitio* der Streit befestigt ist.
Hereditatis petitio ⌒ *rei vindicatio* faßt diesen Fall und den entgegengesetzten (*rei vind.* + *hered. pet.*) zusammen.

Berichtigungen.

S. 17 N. 2: statt D. 46, 1, 7 pr. lies D. 46, 1, 71 pr.
S. 28 N. 3: statt 473 f. lies 473 ff.
S. 179 N. 2: statt 17 f. lies 17 ff.
S. 424 N. 2: statt da gegen lies dagegen.

Allgemeiner Teil (Grundlegung).

Einleitendes.

§ 1. Gründe für die gemeinsame Behandlung der Konkurrenzen.

Die vorliegende Abhandlung bezweckt eine gemeinsame Betrachtung der Aktionenkonkurrenz (im gebräuchlichen Sinne) mit derjenigen Erscheinung, die man mit den Schlagworten „Korrealität" und „Solidarität" zu bezeichnen pflegt; sie weicht insofern von allen neueren Bearbeitungen ab. Das könnte einer Rechtfertigung bedürfen, da ja jede der beiden Lehren an Problemen gewiß nicht arm ist und man deshalb zu jeder besonders Stellung nehmen sollte, ehe man an eine vergleichende Darstellung herantritt. Um eine solche handelt es sich indessen nicht. Es soll vielmehr gezeigt werden, daß die beiden Konkurrenzen bloß verschiedene Formen derselben Erscheinung sind, die nur dann, wenn sie von beiden Seiten aus betrachtet wird, ganz erfaßt werden kann. Ist dies richtig, so ist eine weitere Rechtfertigung unseres Beginnens nicht vonnöten. Ob es aber richtig ist, das kann nur die Arbeit selbst lehren. Da diese sich jedoch im wesentlichen mit Einzeluntersuchungen zu befassen haben wird, so möchte eine kurze Zusammenfassung der für unsere Behauptung in Betracht kommenden Gesichtspunkte gleichzeitig als allgemeine Einführung nicht ohne Nutzen sein. Soweit dabei noch unbewiesene Aufstellungen einfließen, wird auf die künftige Ausführung verwiesen werden dürfen.

Die Verwandtschaft, die zwischen beiden Erscheinungen besteht, liegt viel zu sehr auf der Hand, als daß sie jemals hätte ganz abgeleugnet werden können. In der Literatur des 19. Jahrhunderts findet sie häufig Erwähnung[1], und selbst wo sie unberücksichtigt bleibt, tut sie sich oft dadurch kund, daß in der der einen Lehre gewidmeten Erörterung unbemerkt Belege begegnen, die nur oder

---

1) Vgl. u. S. 5 N. 1, 2; S. 16 N. 5.

doch mit gleichem Rechte der anderen Lehre zugeteilt werden können. Naturgemäß erwies sich dabei die „Aktionenkonkurrenz“ weitherziger als die Korrealitätslehre. Da diese innerhalb der gesamten Konkurrenz einen besonderen Bezirk einnimmt, so konnte alles außerhalb derselben Liegende weit eher vernachlässigt werden, als es möglich war, bei einer Darstellung der Aktionenkonkurrenz die Konkurrenz zwischen verschiedenen Personen ganz zu übergehen. Bezeichnend dafür ist etwa das Vorgehen Savignys, der in der Korrealitätslehre die Klagenkonkurrenz auf eine Anmerkung beschränkt, in der er sie ein „an sich verschiedenes, aber verwandtes Rechtsinstitut“ nennt[1]), während er bei der Erörterung der Klagenkonkurrenz der Mehrheit der Personen eine besondere Besprechung einräumt.[2]) So kommen in dieser methodischen Frage die Bearbeiter des Korrealitätsproblems im großen ganzen nicht in Betracht. Aber deren Ergebnis konnte auf die Denkrichtung der Dogmatiker der Konkurrenzlehre nicht ohne Einfluß sein. Dieser Einfluß mußte einer Erstarkung und Vertiefung des Verwandtschaftsgedankens durchaus entgegenwirken. Der trostlose Gegensatz zwischen Korreal- und Solidar-Obligationen wurde so gut wie ausnahmslos in dem Wesen der einzelnen Obligationen gesucht und ein unerhört großer Einsatz geistiger Kraft auf das Pseudoproblem der Einheit oder Mehrheit jener Obligationen verschwendet. Von da führte nun allerdings keine Brücke zu den zwischen denselben Personen konkurrierenden Aktionen hinüber. Die diesen gewidmete Lehre erreichte denn auch, wo sie die Frage überhaupt aufwarf, eine reinliche Lösung nicht. Nur insoweit war sie einig, als sie der Konkurrenz von Klagen, falls sich mit ihr eine Mehrheit von Personen auf einer Parteiseite verband, Heimatsrecht einräumte, ja, insoweit geradezu von subjektiver Konkurrenz sprach[3]) und diese der objektiven Konkurrenz, bei der jenes komplizierende Moment der Personenmehrheit fehlte, gegenüberstellte. Dagegen erlitt die ein-

1) Obligationenrecht I 136 N. a.

2) System V 217—222, 253 f., 255 N. g.

3) Hierzu Merkel 115 ff. — Von einem heute ganz antiquierten Standpunkt aus bezeichnete man den Fall der Personenmehrheit auf der Gläubigerseite als *concurrentia subjectiva passiva*, den der Schuldnermehrheit als *c. activa*.

fache Personenkonkurrenz[1]), bei der dieselbe Klage mehreren oder gegen mehrere zusteht, eine im Ergebnis verschiedene und im einzelnen ganz untergeordnete Behandlung, für die die beiden letzten vor dem Auftreten der historisch-kritischen Methode erschienenen Schriften ein kennzeichnendes Zeugnis abgeben. Während Merkel (1877)[2]) durch das kümmerliche Argument, daß einige die passive Korrealität betreffende Stellen neben dem Singular *actio* bisweilen den Plural *actiones* brauchen, zur Annahme einer Aktionenkonkurrenz und zur Einordnung der Korrealität unter jenen Begriff bewogen wird[3]), erklärt Helßig (1887) vom Boden einer selbstgezimmerten Definition aus, daß die „Ausscheidung der aktiven und passiven Korreal-Obligation ... von der Anspruchskonkurrenz zweifellos ist".[4])

Wie in so vielen Beziehungen war also auch in unserer Frage die Doktrin auf einen toten Punkt gelangt, als man begann, die von den Klassikern wirklich gesprochene Sprache zu vernehmen und zu verstehen.[5]) Mit der neuen Lehre, die als wirkendes Prinzip nicht irgendwelche abstrakte Eigenheiten einzelner Obligationen oder Aktionen, sondern allgemein die konsumierende Kraft der *litis contestatio* erkannte, war die Grundlage für die Erkenntnis des gemeinsamen Wesens aller Konkurrenzerscheinungen geschaffen, und es hätte wohl nur einer deutlichen Fragestellung bedurft, um die so naheliegende richtige Antwort zu erreichen. Aus dem über-

1) Zu diesem Terminus u. S. 10, 14.

2) Über den Konkurs der Aktionen 122 f.

3) Im Ergebnis ebenso die herrschende gemeinrechtliche Meinung: vgl. Windscheid I § 121 N. 11 und die übrigen bei Merkel 118 N. 6, 121 N. 13 Zitierten; entsprechend für das moderne Recht Hellwig, Lehrb. d. deutsch. Zivilprozeßrechts I 261 N. 23, 269; Last, Anspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis 99, 100 ff.

4) Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen 70.

5) Daraus ergibt sich für uns Recht und Pflicht, ein Referat über die ältere Literatur zu vermeiden. Es kann dies um so leichter geschehen, als unter den neueren Werken einige der Wiedergabe und Widerlegung älterer Ansichten einen breiten, fast übermäßigen Raum gewährt haben. Das gilt in geringerem Maße von Eisele, in höherem Maße von Binder, dessen Buch über die Korrealobligationen an Übersichtlichkeit und Klarheit beträchtlich gewinnen würde, wenn nicht allenthalben weitausholende Angaben über den Inhalt früherer Schriften den Text durchsetzten. Wo ältere Meinungen noch heute Beachtung verdienen, sind sie an ihrem Orte berücksichtigt worden.

kommenen festgewurzelten Glauben an die Notwendigkeit der Arbeitsteilung allein kann es sich erklären, daß die bahnbrechenden Aufsätze von Alibrandi, Ascoli und Eisele hier übereinstimmend versagen, so unabhängig voneinander sie auch entstanden sind.[1]) Ascoli, der sich nur mit der Korrealität und Solidarität beschäftigt, konnte von unserem Problem am ehesten unberührt bleiben; es taucht denn auch bei ihm nirgends auf. Alibrandi beginnt seinen Aufsatz über die Aktionenkonkurrenz damit, daß er den *concorso subbiettivo*, zu dem er auch die Korrealitätserscheinungen rechnet, ausscheidet[2]); daran hält er fest, obwohl er zur Kennzeichnung der justinianischen Auffassungsweise genötigt ist, die in C. 8, 40, 28, 2 überlieferte *constitutio* heranzuziehen und diese Heranziehung mit den Worten zu rechtfertigen: *Questo per verità non appartiene al concorso obbiettivo; ma a quello che chiamasi subbiettivo. Però ognun vede che anche in quello erano gli stessi principii della res in iudicium deducta* . . .[3]) Eine weitere Ausbeute liefert auch er nicht. Dagegen mußte Eisele, der Bearbeiter beider Gebiete, der ja gerade durch die Untersuchung des Korrealverhältnisses zur Darstellung auch der Klagenkonkurrenz veranlaßt worden war[4]), mit Notwendigkeit zu der Frage gedrängt werden, ob man es hier

---

1) Alibrandi, *Del concorso delle azioni*, zunächst in *Giornale di Giurisprudenza teorico-pratica* Bd. I im Jahre 1870 erschienen, alsdann nach seinem Tode in seinen *Opere giuridiche e storiche* (I 161—204) von der *Accademia di conferenze storico-giuridiche* im Jahre 1896 neu herausgegeben. — Ascoli, *Sulle obbligazioni solidali*, erschienen in Rom 1890, sowohl in den *Studi e documenti di storia e diritto* Bd. 11, 121—208 wie als Sonderdruck, nach welchem hier zitiert wird. — Eisele: 1. Korrealität und Solidarität, erschienen 1891 im ArchZivPrax. 77, 374—481; 2. Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz, erschienen 1892 ebenda 79, 327—405. — Eisele hat sich danach auf beiden Gebieten betätigt, während seine Vorgänger nur je eines von ihnen gepflegt haben. Aber angesichts eines eigenartigen Verlaufes der Dogmengeschichte darf man im gewöhnlichen Sinne von „Vorgängern" hier gar nicht reden. Die Arbeit Ascolis wurde Eisele zwar noch vorher bekannt, fand aber dessen Ergebnisse bereits abgeschlossen vor (vgl. 77, 430), und die Abhandlung Alibrandis tauchte in Deutschland vor dem Jahre 1896 überhaupt nicht auf (vgl. Pernice, ZSSt. 18, 238; s. auch H. Peters, ZSSt. 32, 182 N. 2). Ebensowenig wird sie von Ascoli erwähnt (vgl. das im Text Folgende). So darf man sagen, daß die prozessuale Konsumption als Brennpunkt der Konkurrenzlehre dreimal selbständig entdeckt worden ist.

2) 163. 3) 181. 4) 79, 329.

nicht mit zwei parallelen Erscheinungen zu tun habe, die eine gemeinsame Regelung zuließen oder geradezu forderten. In der Tat erklärt Eisele nicht nur vereinzelt Argumente von der Aktionenkonkurrenz auf die „Solidarität"[1]) und umgekehrt[2]) für zulässig, sondern er betont gerade an der Stelle, wo er seine Ergebnisse zusammenfaßt und die Termini „Konsumptionskonkurrenz" und „Solutionskonkurrenz" schafft[3]), mit aller wünschenswerten Klarheit: „Es ist ganz dieselbe Gruppierung, wie sie bei Mehrheit der berechtigten oder verpflichteten Subjekte vorkommt, und wofür wir die Bezeichnung echte und unechte Solidarität vorgeschlagen haben; statt dessen könnte man auch Konsumptions- und Solutionssolidarität sagen, wenn man nämlich den Begriff der Solidarität dahin erweitert, daß nicht bloß mehrere *de eadem re*, sondern überhaupt mehrere „auf dasselbe Ziel" Berechtigte und Verpflichtete darunter subsumiert werden"; dem entspricht die spätere Hervorhebung, „daß die Fälle der Klagenkonkurrenz mit denen der Solidarität ganz parallel gehen".[4]) Nichtsdestoweniger lehnt Eisele die gemeinsame Behandlung beider Konkurrenzen bewußt ab, weil mit dem Wegfall der Personenmehrheit im Falle der Klagenkonkurrenz „bei genauerer Betrachtung noch andere Unterschiede zusammenhängen, die es auch innerlich und abgesehen von dem in dem Vorgang der römischen Juristen gegebenen Motiv rechtfertigen, daß wir die Klagenkonkurrenz von jenen Gestaltungen getrennt halten".[5])

I. Unter den drei Gründen, die Eisele für diesen Satz anführt, wird der erste von ihm selbst gering eingeschätzt: während die Personenmehrheit den (bekanntlich noch heute geäußerten) Zweifel an der Mehrheit der Obligationen nicht aufkommen lasse, sei hier „die Versuchung, nur eine Obligation zu statuieren, viel größer, ganz besonders, wenn man noch in Betracht zieht, daß hier nicht davon die Rede ist, daß die eine der mehreren Obligationen z. B. durch Erlaß aufgehoben wird, während die andere erhalten bliebe".[6]) Wenn Eisele hier mit der „Versuchung" zu einer Annahme operiert, die er selbst Keller gegenüber als haltlos verficht[7]), so kann er wenig für sich einnehmen. Hinter dieses argumentum ad hominem braucht man sich aber nicht zu verschanzen. Es kann Eisele der Vorwurf

1) 77, 463. 2) 79, 333. 3) 79, 368. 4) 79, 396. 5) 79, 360. 6) 79, 361. 7) 79, 331 f.

nicht erspart werden, daß er mit einer derartigen Beweisführung auf Gedankengänge zurückgreift, deren Kraftlosigkeit dargetan zu haben gerade sein besonderes Verdienst ist. Der grundlegende Begriff der *eadem res*[1]) hat seine Bedeutung da und nur da[2]), wo verschiedene Obligationen oder Aktionen im Hinblick auf ihre Gleichheit nach gewissen Richtungen hin verglichen werden sollen; nur von verschiedenen Dingen verlohnt es sich zu sagen, daß sie in Anbetracht dieser oder jener Eigenschaft miteinander identisch sind. Hat die Identität verschiedener Obligationen oder Aktionen für die Konkurrenz dieselbe Wirkung, wie wenn es sich um nur eine Obligation oder Aktion handelte[3]), so fehlt es für den von Eisele konservierten Gegensatz an jeder Berechtigung.[4]) Dazu kommt, daß im Gebiete der Konkurrenz der Aktionen nur die Einheit oder Mehrheit von Aktionen, nicht die von Obligationen Interesse haben könnte.[5]) Das von Eisele gewählte Beispiel des Erlasses besagt wenig: es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum etwa der von einem Sklaven *sciente domino* Geschädigte dem *dominus* nicht die Haftung *sine noxae deditione* sollte erlassen können, ohne sich der Noxalklage zu berauben. Das *pactum de non petendo* wird hier stets einer ähnlichen Auslegung unterliegen müssen, wie sie im Gebiet der Personenkonkurrenz zu der Feststellung erforderlich ist, ob das *pactum in rem* oder nur *in personam* wirken sollte.[6])

Daß die Wirkung der *eadem res* auf beiden Gebieten die gleiche ist[7]) und hier wie dort sowohl *eadem causa*[8]) wie gleichen Zweck[9]) voraussetzt, erkennt Eisele an. Die *eadem causa* soll aber bei der Aktionenkonkurrenz eine „intensivere" sein als bei der Personenkonkurrenz, indem sie dort in einer einzigen verpflichtenden deliktischen oder kontraktlichen Handlung bestehe, hier dagegen sich mit der Gemeinsamkeit der von mehreren vorgenommenen Hand-

---

1) Hierzu u. S. 76 ff. – Vgl. auch u. S. 17 N. 2.

2) Über Fälle, in denen man wegen *eadem* (oder *una*) *intentio* zweier Klagen ohne den Begriff der *eadem res* auskommt, s. u. S. 141 f., 152, 239, 332. — Die *eadem* (*una*) *intentio* bedeutet hier aber keineswegs, daß nur eine *obligatio* bestehe (S. 152 N. 3). — Über Obligationeneinheit bei Klagenmehrheit s. u. S. 27 f.

3) S. u. S. 48 ff. 4) Vgl. auch Binder 322.

5) Über den Gegensatz von *actio* und „Anspruch" u. S. 81 f., 86 ff., 110, 116 N. 2, 127, 148 und sonst. 6) Vgl. u. S. 12. 7) Z. B. 77, 463; 79, 333.

8) U. S. 80 ff. 9) U. S. 115 ff.

lung begnügen müsse.[1]) Das ist nichts anderes als eine Umschreibung der Voraussetzung, daß in dem einen Falle eine Personenmehrheit bestehe, im anderen Falle nicht. Das Moment der Personenmehrheit ist ja in der Tat nicht zu übersehen, aber eine Rolle kann es doch wohlverstanden nur bei der Grundfrage spielen, ob es mit der Annahme von *eadem res* überhaupt vereinbar ist. Bejaht man das, wie das die klassische Jurisprudenz tut[2]), und hat man demnach die Prüfung, ob *eadem res* vorliege, ohne Rücksicht auf die Mehrheit der Personen anzustellen, so ist es nicht zulässig, an diese Mehrheit innerhalb des Begriffs der *eadem causa* eine besondere Unterscheidung anzuknüpfen. Der Begriff der *eadem causa* ist ein durchaus einheitlicher und jeder Gradbestimmung unzugänglich. Ist *eadem causa* einmal vorhanden, so kann sie nicht hier intensiver sein als dort. Der Versuch Eiseles, aus jener größeren Intensität eine Wirkung abzuleiten, muß denn auch als gescheitert gelten; er meint, daß bei der Aktionenkonkurrenz „die vollkommene Einheit der *causa* gleichsam gestattete, weniger rigoros zu sein“[3]), wenn bei mehreren Klagen, von denen die eine ein *plus* erreichen ließ, die Identität des Ziels in Frage stand. Welche Tatsache sollte hier auf dem Gebiet der Personenkonkurrenz korrespondieren, um mehr „rigoros“ genannt zu werden? Da es bei der vorausgesetzten Gleichheit der gegen die mehreren zuständigen Aktionen ein *plus* der Ergiebigkeit einer der Klagen nicht gibt, so entfällt hier jede Möglichkeit eines Vergleichs. Außerdem ist es weder selbstverständlich noch wird es durch die Quellen nahegelegt, wenn die Vernachlässigung des *plus* mit der Einheit der *causa* in Verbindung gebracht wird.[4]) Der einzige hier zu verwertende[5]) Ausspruch *quia* (das *plus*) *simplo accedit et simplo subducto locum non habet*[6]) weist jedenfalls in eine ganz andere Richtung.

Wenn sich Eisele schließlich[7]) darauf beruft, daß in den Quellen die Klagenkonkurrenz als eine von der Solidarität

1) 79, 361. 2) Eisele 77, 411 f.; s. u. S. 76 f. 3) 79, 362 f.

4) An anderer Stelle (77, 472) führt denn auch Eisele eine angeblich mildere Auslegung der *eadem res* bei der Aktionenkonkurrenz nicht auf die Einheit der *causa*, sondern unmittelbar auf die der Personen zurück; übrigens ohne Begründung und gewiß nicht mit besserem Recht: vgl. u. S. 353 N. 2

5) Vgl. Alibrandi I 190. 6) D. 44, 7, 34, 2; s. u. § 88.

7) 79, 331. 360.

gesonderte Gruppe erscheine, so hat er schwerlich eine andere Tatsache im Auge als die eine, daß Paulus ein besonderes Werk in einem Buche *de concurrentibus actionibus* geschrieben hat. Hieraus könnte höchstens folgen, daß die Konkurrenz der Aktionen eine besondere Rechtsfigur ist, was sich überhaupt nicht bestreiten läßt. Aber nicht einmal dafür erbringt jener Umstand einen selbständigen Beweis: denn die beiden Fragmente, die wir aus jenem Werk besitzen[1]), lassen seine Anlage und seinen Inhalt auch nicht entfernt ahnen; es läßt sich also auch nicht ersehen, ob Paulus den Begriff im Sinne Eiseles oder in jenem weiteren Sinne gefaßt hat, von dem alsbald die Rede sein wird.

Damit dürften die von der neuen Lehre gegen eine gemeinsame Behandlung der beiden Konkurrenzen gerichteten Einwände erschöpft sein. Obwohl Eisele selbst in den eben betrachteten Sätzen seine Methode nur „rechtfertigen"[2]), nicht etwa als die richtigere hinstellen will, hat die Folgezeit doch an ihr nicht mehr gerüttelt.[3]) Wie vor Eisele, so haben auch seither Personenkonkurrenz und Aktionenkonkurrenz nur getrennte Bearbeitung erfahren; auch die bemerkenswertesten Erscheinungen der letzten Jahre gehen streng einseitig vor. Binder[4]) erwähnt die Aktionenkonkurrenz nur bei Auseinandersetzungen mit Eisele, ohne ihr eine Einwirkung auf die Korrealitätslehre zu gestatten; Siber[5]) andererseits spricht von der Personenkonkurrenz überhaupt nicht.

II. Positiv fordern die Zusammenfassung beider Konkurrenzen folgende allgemeine Erwägungen[6]):

1) D. 44, 7, 34 und 47, 2, 89. 2) 79, 360, vgl. namentlich auch 330 f.

3) Eine Ausnahme bilden nur die wenigen (auch zu engen) Andeutungen von F. Lewinsohn, Beitr. z. L. v. d. Aktionenkonkurrenz (Heidelb. Diss. 1910) 11 f. — Last, Anspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis (1908) führt in methodisch zutreffender Weise die gemeinsame Darstellung beider Erscheinungen durch; gerade für das klassisch-römische Recht, das er nur nebenher heranzieht, lehnt er jedoch diese Gemeinsamkeit ab (S. 141), indem er die Gesamtwirkung der *litis contestatio* auf verschiedene und zwar praktische Ursachen zurückführt (einerseits 139 ff., andererseits 213 ff.).

4) Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht (1899).

5) Die Passivlegitimation bei der *rei vindicatio* als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz (1907).

6) Vgl. Girard (5. Aufl.) 1013 N. 2, der die Entwicklung auf beiden Gebieten *tout à fait symétrique* nennt.

1. Der heute fast allenthalben[1]) gebilligte und im folgenden[2]) akzeptierte Gesichtspunkt, den die Arbeiten von Alibrandi, Ascoli und Eisele übereinstimmend zugrunde gelegt haben, ist die Anwendbarkeit der Regel *bis de eadem re ne sit actio* auf die Aktionenkonkurrenz uud die „Korrealität". Da ein irgendwie ähnlicher die Konnexität gewisser Rechtsverhältnisse zum Ausdruck bringender und verwertender Satz in keiner Form überliefert und, wie man folgern darf[3]), nicht vorhanden gewesen ist, zumindest aber mit jener Regel an Alter[4]) sich nicht messen kann, so darf man ferner in ihr die ursprünglichste praktische Wirkung ausgedrückt finden, zu der jene Konnexität überhaupt geführt hat. Mit anderen Worten: an der Wiege aller rechtlichen Wertung von Konkurrenzerscheinungen stand die befreiende Wirkung der *litis contestatio.*[5]) Deren Erstreckung auf die Aktionenkonkurrenz geschah ohne weiteres mit dem Moment, in dem man anerkannt hatte, daß die jene Wirkung hervorbringende *eadem res* das Erfordernis der *eadem actio* nicht enthalte.[6]) Ebenfalls in alte Zeit geht die interpretatio zurück, vermöge deren die *eadem res* nicht notwendig *eaedem personae* voraussetzte.[7]) Waren gleicher Klagegrund[8]) und gleiches Klageziel[9]) gegeben, so trat daher die Konsumption ohne Rücksicht darauf ein, ob der erste Prozeß dieselbe *actio* zum Gegenstande hatte oder dieselben Parteien aufwies wie der zweite. Also mußte auch das Objekt der Konsumption in beiden Fällen das gleiche sein: konsumiert wurde die (zweite Obligation oder[10]) die) zweite *actio*, und nichts anderes als diese war

1) Außer der neueren Spezialliteratur vgl. etwa Pernice, Labeo II 1, 270, ZSSt. 18, 238; Girard 741 N. 3, 1013 N. 2; Mitteis, Individualisierung d. Obl. 61 ff.; Binder 321, 402 und sonst; Kipp bei Windscheid (9. Aufl.) I 608 N. 9; Segrè, Studi Fadda VI 373 N. 1; Last 139 ff., 211 ff.; H. Peters, ZSSt. 32, 182; abweichend Hruza, KVJSchr. 42, 186 ff.; Karlowa II 987 f.; zweifelnd Perozzi II 101 f. (gegenüber 81).

2) Cum grano salis: s. u. S. 49 ff.

3) Er hätte sich nur auf die Wirkung der *solutio* beziehen können (vgl u. S. 190 N. 1) und wäre daher von den Kompilatoren (s. u. S. 162 ff.) ganz gewiß überliefert worden. 4) S. hierzu u. S. 50 N. 6.

5) Dasselbe ergibt die Dogmengeschichte des Begriffs *eadem res.* Näheres hierzu überhaupt u. S. 186 ff.

6) S. u. S. 76 f. 7) S. u. S. 76 f. 8) S. u. S. 80 ff. 9) S. u. S. 115 ff.

10) Über die Frage, wann mit der *actio* zugleich die *obligatio* konsumiert wird, s. u. S. 50 ff.; da hier die Konkurrenz der Aktionen in Frage steht, so wird von diesen vornehmlich gesprochen.

das konkurrierende Gebilde. Was vor dem Augenblick der Konsumption bestand, war also hier wie dort Aktionenkonkurrenz (im weiteren Sinne).[1]) Die Personenmehrheit umgekehrt hatte an der Konsumptionswirkung nicht nur keinen tätigen Anteil, sondern es konnte diese gerade nur eintreten, wenn man über jene als unbeachtlich hinwegsah. Stellt man also mit der herrschenden Meinung die Beziehungen zwischen den Personen in den Mittelpunkt, während das Moment der konkurrierenden Aktionen als nebensächlich beiseite bleibt, so hebt man etwas Unwesentliches hervor und vernachlässigt das Wesentliche. Es soll deshalb kein Entgegenkommen gegenüber dieser Meinung, sondern nur ein brauchbares Mittel sein, innerhalb der Gattung der Aktionenkonkurrenz ihre beiden Arten deutlich auseinanderzuhalten, wenn wir entsprechend der bisherigen Übung den Ausdruck „Aktionenkonkurrenz" im engeren Sinne auf den Fall der Personengleichheit beschränken und für die Mehrheit von Personen den Terminus „Personenkonkurrenz" wählen.[2]) Korrekt gesprochen, konkurrieren auch im letzteren Falle nicht die Personen, sondern, wie Savigny[3]) treffend sagt, die „Klagen, die unter verschiedenen Personen bestehen". Leichten Herzens hingegen werden die bisherigen Termini „Korrealität"[4]) und „Solidarität" verlassen: nicht nur, weil sich an sie und ihre Unterscheidung eines der unerfreulichsten Kapitel der modernen Dogmengeschichte knüpft, sondern auch weil der eine Ausdruck in dem einzigen den *conreus* enthaltenden Fragment, selbst wenn er dort echt sein sollte[5]), nur *rei promittendi* betrifft, und dem anderen Ausdruck, auf den Quellenterminus *in solidum* zurückgeführt[6]), ganz und gar die ihm heute zugesprochene Bedeutung fremd ist. Positiv

1) Fast mit denselben Worten sagt Last 8 über das moderne Recht: „ein typischer Fall einfacher Anspruchsverknüpfung ist die Anspruchskonkurrenz im weiteren Sinne, die nicht allein die Anspruchskonkurrenz unter denselben, sondern auch unter verschiedenen Personen, also auch das Gesamtschuldverhältnis, umfaßt".

2) Ähnlich spricht Girard an der ob. S. 8 N. 6 angeführten Stelle von dem *cas de pluralité de personnes ou de pluralité d'actions*.

3) System V 220. 4) Vgl. ferner u. S. 12 N. 2.

5) *Conreus* begegnet in Ulp. D. 34, 3, 3, 3 zweimal, davon das zweitemal in sicher unechtem (Beseler II 79 f., Mitteis, ZSSt. 33,203), das erstemal in sachlich richtigem, aber formell nicht anstandslosem (Beseler) Satz.

6) S. u. S. 46 f.

läßt sich für unseren Ausdruck anführen, daß er entsprechend dem der Aktionenkonkurrenz gebildet ist[1]) und durch Aufnahme des Wortes „Konkurrenz" der richtigen Systematik nähertritt. Auch das Bild, daß *personae concurrunt*, findet sich in der römischen Rechtssprache[2]); freilich wird es nicht technisch in unserem Sinne gebraucht, aber andererseits nicht untechnischer, als *concurrere* durchschnittlich überhaupt verwandt wird.[3])

2. Standen zwei verschiedene oder zwei unter verschiedenen Personen bestehende Aktionen in einem derartigen Verhältnis, daß die über die eine vorgenommene *litis contestatio* die andere konsumierte, so war damit zwischen ihnen ein eigenartiges Band anerkannt, das mit Notwendigkeit auch anderen Tatbeständen gegenüber reagieren mußte. Allen voran gegenüber der Zahlung, alsdann auch gegenüber sonstigen Tilgungsakten und anderen rechtlich erheblichen Tatsachen. Auf Einzelheiten einzugehen, ist hier nicht der Ort.[4]) Nur das ist scharf hervorzuheben, daß alle diese sekundären Wirkungen sich grundsätzlich daraus erklären, daß Obligationen und Aktionen konkurrieren und prinzipiell die Mehrheit der Personen ohne Belang ist. Die Fragen, ob Leistung an Erfüllungs Statt, Aufrechnung, Akzeptilation, Novation, *transactio*, *pactum de non petendo*, Schiedseid, Verjährung usw. auf die nicht unmittelbar betroffene (*obligatio* und) *actio* hinüberwirken, tauchen nicht weniger bei der Aktionenkonkurrenz im engeren Sinne auf[5]), mit der ja in aller Regel[6]) eine Konkurrenz der Obligationen Hand in Hand geht. Und wenn die Quellen sie hier nicht ebenso häufig erwähnen wie dort, so ist das leicht aus äußeren Gründen zu erklären: nicht nur waren Konsumptionsverhältnisse auf dem Gebiet der Aktionenkonkurrenz überhaupt seltener[7]), sondern es mußten im Falle der Personenmehrheit auch allerhand Umstände wie z. B. die Nichtbeteiligung des einen Schuldners an dem liberierenden Akte oder die Zahlungsunfähigkeit des anderen die Frage der Befreiung einerseits zweifelhafter, andererseits praktisch viel einschneidender er-

---

1) S. u. S. 13 f. 2) Vgl. VIR. I 867.

3) S. u. S. 38 ff.; wegen D. 20, 4, 7 pr., § 1 s. u. S. 39 N. 6; wegen D. 30, 84, 12 s. u. S. 40 N. 1.

4) Vgl. u. S. 40 f. 5) Vgl. etwa Merkel 103 ff., Last 114 ff.

6) S. u. S. 27 f. 7) S. u. S. 120 f.

scheinen lassen. Auch sonst ist aus der abweichenden Beurteilung der Hinüberwirkung einer Tatsache gegen die grundsätzliche Gleichartigkeit der Entwicklung bei beiden Konkurrenzen kein Einwand zu entnehmen, zeigen sich doch solche Unterschiede auch zwischen aktiver und passiver Personenkonkurrenz. Eine prinzipielle Verschiedenheit wird nur da sichtbar, wo die Personenmehrheit ein wesentliches Element darstellt. Von einem Regreß kann auf dem Gebiete der Aktionenkonkurrenz (im engeren Sinne) selbstverständlich nicht die Rede sein, und so weist auch die von dem Regreßrecht beeinflußte Lehre der Gesamtwirkung des *pactum de non petendo*[1]) gewisse grundsätzlichere Abweichungen auf, je nachdem die eine oder die andere Konkurrenz in Frage steht. — Eine vollkommene Gleichheit in allen Einzelergebnissen wird hier niemand erwarten wollen, der bedenkt, wie wenig gesichert und allgemeingültig diese Ergebnisse selbst in dem engeren Rahmen der Personenkonkurrenz sind und wie sehr hier überall die Eigenart des einzelnen auf seine Gesamtwirkung zu beurteilenden Tatbestandes sich geltend macht. — Alle diese Erörterungen und Fragen konnten aber nur auf dem Boden eines irgendwie zur Anerkennung gelangten Gemeinsamkeitsverhältnisses erwachsen. Und dieses war nicht ein spezifisches Personenmehrheitsverhältnis, sondern das durch die Gesamtwirkung der *litis contestatio* geschaffene Konsumptionsverhältnis[2]). Auch die rein materiellen unter jenen Rechtswirkungen sind im Grunde nur Ausstrahlungen des bei beiden Konkurrenzen gleichmäßig fruchtbaren prozessualen Prinzips der *eadem res*. Daß bei dieser Entwicklung die Gesamtwirkung der *solutio* oft den Durchgangspunkt darstellt, ändert nichts daran, daß die Wirkung der *litis contestatio* der Ausgangspunkt war.

3. Macht es für das Vorliegen einer *eadem res* im Sinne der Konsumptionsregel nichts aus, ob *eadem actio* oder *eaedem personae* in dem zweiten Rechtsstreit auftreten, so muß *eadem res* logischer-

1) S. Binder 184 ff.

2) Dieser Ausdruck, der übrigens vereinzelt auch bei Eisele (77. 467) begegnet, dürfte dem von Eisele für die Aktionenkonkurrenz i. e. S. gebrauchten Terminus „Konsumptionskonkurrenz" vorzuziehen sein, weil er darauf hinweist, daß der Einfluß der *litis contestatio* die von ihm betroffene Konkurrenz zu einem Rechtsverhältnis erhebt. Im Gebiete der Personenkonkurrenz deckt sich der vorgeschlagene Ausdruck mit der „Korrealität".

weise auch dann gegeben sein, wenn sowohl *eadem actio* wie *eaedem personae* fehlen, d. h. also wenn im zweiten Rechtsstreit eine andere Klage gegen einen (seitens eines) anderen erhoben wird, als dies im ersten Rechtsstreit der Fall war. Diese Konkurrenzen sind in der gemeinrechtlichen Literatur mehrfach nebensächlich erwähnt und behandelt, in den der neuen Methode angehörigen Schriften aber, wenn wir recht sehen, durchweg übergangen worden.[1]) Und zwar mit einer gewissen Folgerichtigkeit; denn es bleibt für sie, wenn man Personenkonkurrenz und Aktionenkonkurrenz als einander fremde Gebilde betrachtet, allerdings kein Raum. Wenn demgegenüber die Quellen die Berechtigung unserer Deduktion durch eine nicht unbeträchtliche Zahl von Belegen stützen, so liegt darin ein selbständiges Indiz dafür, daß die herrschende Meinung in ihrer Systematik nicht nur prinzipiell fehlgeht, sondern auch dem von der Überlieferung gebotenen Material nicht gerecht zu werden vermag. In Wirklichkeit ist keine Darstellung, sei es der Aktionenkonkurrenz sei es der sog. Solidaritätserscheinungen, vollständig, wenn sie nicht die angedeuteten Fälle berücksichtigt, die zwischen beiden Konkurrenzen in der Mitte stehen oder — richtiger — beide in sich vereinigen. Denn auch sie werden in vollkommen gleicher Weise nach der positiven und negativen Seite durch die Konsumptionsregel beherrscht.

Der Übersicht und der Terminologie zugleich diene die folgende Gegenüberstellung der drei Formen, in denen die Aktionenkonkurrenz (im weiteren Sinne) erscheint. Ihr Unterscheidungsmerkmal liegt in der Art und Weise, in der die (für die Konkurrenzen erforderliche) Verschiedenheit der konkurrierenden Aktionen sich ausdrückt.

Hat derselbe Kläger gegen denselben Beklagten außer der Klage a noch die Klage b, so liegt die Verschiedenheit nur in den Aktionen: das ist der Fall der einfachen Aktionenkonkurrenz oder der Aktionenkonkurrenz im engeren Sinne.

---

1) Wo derartige Fälle auftauchen, erscheinen sie — ein bezeichnendes Zugeständnis an die Einheitlichkeit der Lehre —, als ob in ihnen nur die Aktionen oder nur die Personen konkurrierten. Ein frappantes Beispiel bietet die auch heute nicht abgetane Lehre Iherings von den aktiven Solidarobligationen, deren quellenmäßige Unterlage zum erheblichen Teile in einer Konkurrenz der im Text definierten Art besteht: vgl. u. § 152.

Hat derselbe Kläger dieselbe Klage außer gegen den A noch gegen den B oder ist derselbe Beklagte derselben Klage außer seitens des A noch seitens des B ausgesetzt, so liegt die Verschiedenheit nur in den (auf der Passiv- oder Aktivseite beteiligten) Personen[1]): das ist der Fall der (passiven oder aktiven) einfachen Personenkonkurrenz.

Hat derselbe Kläger gegen A die Klage a und gegen B die Klage b oder ist derselbe Beklagte seitens des A der Klage a und seitens des B der Klage b ausgesetzt, so liegt die Verschiedenheit sowohl in den Aktionen wie in den (auf der Passiv- oder Aktivseite beteiligten) Personen. Diesen Fall kann man Aktionenpersonenkonkurrenz oder zusammengesetzte, gemischte, unreine, doppelte Konkurrenz nennen.[2]) Im folgenden wird er als „doppelte Konkurrenz" auftreten, welcher die beiden erstgenannten als einfache Konkurrenzen gegenüberstehen.

4. Auf das Scheinargument, das den hier behaupteten Zusammenhang als den Quellen fremd aufzeigen soll, ist bereits hingewiesen worden.[3]) Das Gegenteil ist aus der Überlieferung leicht zu entnehmen. Schon die Quellensprache verrät das. Denn wenn Neratius einen Fall einfacher aktiver Personenkonkurrenz mit den Worten *neque ullius actionem per alium consumi*[4]) und Scaevola einen gleichartigen Fall mit *altera condictione altera tollitur*[5]) entscheidet, so setzt das eine Anschauung voraus, wie sie vorhin[6]) ausgesprochen wurde: auch bei der Personenmehrheit konkurrieren und werden konsumiert nicht die Personen, sondern die Aktionen. Dem entspricht es, daß Paulus da, wo er den Umfang der Wirkung des Schiedseides erörtert, von der Behandlung der Personenkonkurrenz unmittelbar auf die der Aktionenkonkurrenz übergeht: der ersteren sind in D. 12, 2, 28 das pr. und die §§ 1—3, der letzteren die übrigen Paragraphen gewidmet. Ebenso schließt Ulpian in D. 14, 1, 1, 24 und 25 an einen Fall doppelter Konkurrenz einen Fall ein-

1) Cum grano salis: ob. S. 10, u. S. 28 N. 3.

2) Über das Gegenstück dieser Erscheinung u. S. 28 N. 3.

3) S. 7 f. 4) D. 47, 10, 1, 9.

5) D. 13, 1, 18; daß hier nicht etwa zwei verschiedene Kondiktionen in Frage stehen, also keine doppelte Konkurrenz vorliegt, darüber u. S. 388 ff.

6) S. 9 f.

facher Personenkonkurrenz an[1]), und in D. 9, 4, 24 behandelt Paulus zwei derartige Fälle (*servus alienatus*: einfache Personenkonkurrenz; *servus manumissus*: doppelte Konkurrenz) sogar ohne Unterschied nebeneinander.[2]) So sind denn auch Schlußfolgerungen von der einen Konkurrenz auf die andere durchaus nicht selten. Ulpian leitet bei der Besprechung des mit der Konkurrenz in Zusammenhang stehenden Rechts zur *deductio peculii* die Entscheidung für die doppelte Konkurrenz zwischen der *actio de peculio* gegen den *dominus nesciens* und der *actio tributoria* gegen den *dominus sciens* mit einem *nam et si* aus der für die einfache Aktionenkonkurrenz: *actio de peculio* ∽ *actio tributoria* feststehenden Regelung ab (D. 14, 4, 3 pr.).[3]) Genau ebenso verfährt er, ebenfalls mittels eines *nam et si*, bei der unmittelbaren Lösung eines Konkurrenzfalles in D. 13, 6, 7, 1.[4]) In D. 19, 2, 30, 2 unterscheidet Alfenus nicht, ob die *actio locati* sich gegen dieselbe oder eine andere Person richtet als die *actio legis Aquiliae.* Ebensowenig verrät Ulpian in D. 11, 3, 11, 2 (1. Hälfte)[5]), ob er sich die Aktivlegitimation der *actio furti* und der *actio servi corrupti* in einer Person vereinigt denkt[6]), oder in D. 46, 2, 9 pr.[7]), ob die *actio ex stipulatu* sich hier gegen den Tutor oder einen Sponsionsbürgen wendet. In D. 46, 1, 5 führt Julian (bei Ulpian) aus, daß es vorkommen könne, *ut duae obligationes in unius persona concurrant* (z. B. wenn ursprünglich getrennte Obligationen sich in einer Person vereinigen, ohne daß doch Konfusion eintritt).[8]) Die Konkurrenz der Obligationen und Aktionen[9]) dauert hier unverändert fort, obwohl die Personenmehrheit geschwunden ist: ein untrügliches Anzeichen dafür, daß jede Personenkonkurrenz im Grunde eine Aktionenkonkurrenz ist. Das Fragment wird denn auch einerseits von den Bearbeitern der Korrealitätslehre heran-

1) S. u. S. 266 ff., 331 ff. 2) S. u. S. 321. 3) S. u. S. 337 f.
4) S. u. §§ 87, 140. 5) Dazu u. S. 466 ff.
6) Vgl. die richtige Erwägung Savignys, System V 245 N. bb.
7) Dazu u. § 104.
8) Hierzu P. Kretschmar, Konfusion 70 ff., 79.
9) Die Konfusionslehre bringt es mit sich, daß Julian-Ulpian hier nur von der *obligatio*, nicht von der *actio* sprechen. Selbstverständlich geht aber nicht die *actio* unter, während die *obligatio* bestehen bleibt. Ein quellenmäßiger Beweis liegt in dem mit fr. 5 eng zusammengehörigen D. 19, 1, 10, wo *duae obligationes* (gleichviel ob dort echt oder — besser — aus fr. 5 cit. übertragen) und *duae actiones* promiscue gebraucht werden. Hierzu Näheres u. S. 456 ff.

gezogen[1]) und andererseits als Beleg für einfache Aktionenkonkurrenz gewertet.[2]) Desgleichen ist den Klassikern die Unterscheidung zwischen *constitutum debiti proprii* und *alieni* fremd, da die konstituierte *pecunia* nur irgendwie *debita* zu sein braucht[3]); bei Besprechung der Konkurrenzfrage macht deshalb Ulpian in D. 13, 5, 18, 3[4]) nach dieser Richtung keinen Unterschied, obwohl im einen Fall einfache Aktionenkonkurrenz, im anderen doppelte Konkurrenz gegeben ist.[5]) Derselbe Gegensatz begegnet endlich in der Person des Fidejussors, je nachdem die Hauptschuld auf Stipulation oder etwa auf Konsensualvertrag beruht: noch nie ist jemandem beigefallen, danach die Behandlung der bürgenrechtlichen Konsumptionsfragen zu differenzieren. Diese sehr bezeichnenden Beispiele ließen sich ohne weiteres vermehren.[6])

5. Erkennt man hiernach in jeder der drei Konkurrenzen nur eine Form der allgemein auf denselben Grundsätzen beruhenden Konkurrenzerscheinung und ist insbesondere nach dem Vorgang der eben erwähnten Juristen ein Schluß von der einen Konkurrenz auf die andere zulässig, so erweitert sich damit der Kreis der zumindest mittelbar verwertbaren Quellenstellen in beträchtlichstem Maße. Zugleich schwindet der Boden für manche verhängnisvollen Irrtümer, wie sie sich nur deshalb einschleichen konnten, weil das Vorbild der von der Überlieferung im Einzelfalle gerade mehr begünstigten anderen Konkurrenzform unbeachtet blieb. Hätte man etwa bemerkt, daß die sog. Korrealität nur eine Form von Aktionen- (und Obligationen-) Konkurrenz ist[7]), so würde man den anfecht-

1) Z. B. Ascoli 8, Binder 313 N. 1.

2) Alibrandi I 170.

3) Vgl. D. 13, 5, 5, 2: *in rem exactum est* sowie Edikt und Formel bei Lenel 242, 244. Man darf hier also nicht von einer *extension tirée du langage de l'édit* sprechen (so Girard 604 N. 6).

4) Zu der Stelle u. § 165.

5) Abzulehnen ist also die herrschende Auffassung, nach der Ulpian hier vom *constit. deb. proprii* gesprochen habe und die Beziehung auf das *c. d. alieni* daher nur im Wege der Analogie möglich sei: so Eisele 77, 462; Binder 156; Seckel, Haftung *de peculio* 25 N. 2.

6) Es sind wiederum unsere beiden Typen von Aktionenkonkurrenz, die sich bei Quinctilian, *instit. orat.* 3, 10, 1. 2 als *causae coniunctae* zusammengestellt finden. — Ähnlich StPO. § 3.

7) Vgl. ob. S. 6, 9 f., 11 f., u. S. 76 f.

baren, in der heutigen Dogmatik allseitig verlassenen Gedanken einer Einheit der Obligation[1]) den Klassikern nicht untergeschoben haben.[2]) Umgekehrt hätte die Doktrin der Aktionenkonkurrenz im engeren Sinne nur die Ergebnisse der Personenkonkurrenz zu verfolgen brauchen, um einzusehen, daß ihre auf der angeblich sachverfolgenden Natur der *actio legis Aquiliae* fußenden Exegesen samt und sonders unhaltbar sind.[3])

§ 2. Die Abgrenzung des Konkurrenzgebietes.

Noch heute trifft der Satz Savignys zu, daß in der Konkurrenzlehre die Meinungsverschiedenheit „nicht bloß, wie in den meisten anderen Lehren, die Resultate der Untersuchung, also die Lösung der Aufgabe betrifft, sondern den Sinn und Umfang der Aufgabe selbst".[4]) Mehr als irgendwo bedarf es daher hier einer Verständigung über das, was abgehandelt werden soll.

I. 1. Der Begriff der Aktionenkonkurrenz (im weiteren Sinne) erfordert eine Mehrheit von Aktionen. Ist diese nicht vorhanden, so scheidet der Fall ohne weiteres aus der Betrachtung aus. Ist es fraglich, ob auf einen Tatbestand zwei Aktionen reagieren können, so ist die Entscheidung dieser Frage für unsere Lehre von grundlegender Bedeutung, weil, wenn sie verneint wird, von einer Konkurrenz keine Rede sein kann. Aber die Lehre der Aktionenkonkurrenz selbst hat sich mit jener Frage nicht zu beschäftigen; sie hat aufzuklären, nicht ob, sondern wie zwei Klagen konkurrieren.

1) Ihn erkennen noch neuerdings an: Ascoli 7, 12 N. 1, 31, Bull. 4, 288; Ferrini, Pand. 555; Mitteis, RPR. I 265 N. 23; Perozzi II 99, 101 f.; Rabel, RPR. 475. — Dagegen namentlich Eisele 77, 376 ff.; Dernburg, Pand. § 72; Girard 741 N. 3; Binder 322.

2) Daß sie bisweilen von *eadem obligatio* reden (D. 45, 1, 116; 46, 4, 16 pr.; vgl. auch D. 46, 1, 7 pr.), spricht eher gegen als für die Einheitstheorie; es ist bloß ein anderer Ausdruck für *eadem res.* Nur mehrere Dinge können miteinander verglichen und als in gewisser Hinsicht „identisch" bezeichnet werden. Genau dasselbe bedeutet aber auch *unus* in dem einzigen D. 45, 2, 3, 1 (dazu u. S. 183 ff.); vgl. auch D. 2, 14, 9 pr. (u. S. 382): s. u. S. 184 N. 5. 6 und vor allem Inst. 3, 16, 1: *in utraque obligatione una* (= *eadem*) *res vertitur.* Im übrigen sind namentlich Jul.-Ulp. D. 46, 1, 5 i. f. und Papin. D. 45, 2, 9, 2 i. f. bemerkenswert.

3) Vgl. einerseits u. § 70, andererseits §§ 80—93. Eine Erkenntnis der Inkonsequenz bei Merkel 115 f. 4) System V 205.

Das zu erörtern wäre bis vor kurzem nicht nötig gewesen, da alle Bearbeiter unserer Lehre sich in der bezeichneten Weise beschränkt haben.[1]) Es ist auch jetzt vielleicht nicht bestritten; aber die kürzlichen Ausführungen von Peters[2]) können leicht den Eindruck hervorrufen, als seien die bisherigen Schriften über die Aktionenkonkurrenz wegen jener Unterlassung einem Vorwurfe ausgesetzt. Daß die Frage über die Zuständigkeit einer bestimmten Klage in einem bestimmten Falle namentlich dann, wenn eine andere Klage als zuständig gleichfalls in Betracht kommt, von außerordentlicher Wichtigkeit ist, wofern das Aktionensystem ein lebendiges, für die tägliche Praxis bestimmtes Gebilde sein soll, steht außer Zweifel. Daß die Pandektistik sich dieser Frage zu wenig angenommen hat, ist eine schwer erklärliche, aber nicht entschuldbare Vernachlässigung. Daß Peters sie aber gerade gegenüber den Erforschern der Konkurrenzlehre rügt, ist nicht zu billigen. Die Konkurrenzlehre gehört, wie die von der Ausübung der Rechte überhaupt, in den allgemeinen Teil. Ob die Klage a in den Tatbeständen x, y und z gegeben ist, kann sich dagegen nur aus der Erörterung der besonderen Klage a ergeben.

Das dürfte schon im allgemeinen einleuchten, mit den römischen Quellen aber noch besonders im Einklang stehen. Peters selbst hat das Gegenteil zu beweisen wohl gar nicht beabsichtigt, da er von vornherein erklärt, daß seine Untersuchung über die generellen Klagen dem Obligationenrecht angehöre, und er auch weiterhin sich mit Recht davon entfernt hält, aus dem Umstande, daß eine „generelle“ Klage gegeben sei, das Nichtbestehen der „speziellen“ Klage zu folgern.[3]) Siber dagegen, auf den Peters sich beruft, dürfte sich von der klassischen Anschauung entfernen, wenn er, ohne prinzipielle Sätze aufzustellen, von der Meinung auszugehen scheint, daß ganz allgemein die Zuständigkeit einer Klage ein Indiz für die Nichtzuständigkeit einer anderen abgebe, welch letztere ja alsdann überflüssig sei.[4]) Einen solchen Satz wird man aus den Quellen nicht

---

1) Vgl. etwa Merkel 4, nach welchem „es nicht sowohl darauf ankommt, eine Norm dafür zu finden, wann mehrere Aktionen nebeneinander entstehen“. 2) ZSSt. 32, 183. 3) Vgl. ZSSt. 32, 186. 287 ff.

4) Zumindest vertritt Siber diese Auffassung für die *rei vindicatio* in ihrem Verhältnis zu persönlichen Klagen. Wenige Zitate müssen hier genügen: Zu C. 5, 51, 10: „Die *rei vindicatio* wird also nicht wegen Unmöglichkeit des

herauslesen können. Daß wie jedes Rechtssystem so auch das Aktionensystem der Römer bei seinem Ausbau von dem Prinzip der Notwendigkeit und Nützlichkeit einer jeden *actio* beherrscht war, ist selbstverständlich. Dem Prätor ist „es nie beigefallen, dem *ius civile* ohne Not Konkurrenz zu machen"[1]), und Zivilklagen wurden nur dort anerkannt, wo das Bedürfnis es rechtfertigte[2]), während mangelnder Gebrauch bestehende Klagen antiquieren ließ.[3]) Auch innerhalb des vorhandenen Komplexes von proponierten Klagen kam jenes legislatorische Prinzip zur Geltung: auf der einen Seite war es für die Gewährung aller unproponierten *actiones utiles* bestimmend, auf der anderen führte es zu einer Einengung der Zu-

Beweises, sondern wegen Unschlüssigkeit verworfen, und diese kann schwerlich einen anderen Grund haben, als daß gegen den Vormund eben die *actio tutelae* zusteht und deshalb die *r. v.* überflüssig ist" (S. 69 f.; dagegen auch Peters 210—212). Zu D. 16, 3, 1, 15 nimmt Siber an (73), „daß Ulpian hier, indem er die *actio depositi* gestattete, zugleich die *r. v.* wenigstens bei fehlendem *animus domini* ablehnen wollte"; also etwa auch bei vorhandenem *animus domini* des Quasidepositars?; S. 76: „Daß dem Eigentümer in solchen Fällen neben der zedierten *a. utilis* die *r. v.* gegen den Aftermieter usw. zustand, wird . . . nicht bezweifelt werden können; denn es ist schwer zu glauben, daß ihm ohne Zession der Klage des Mieters überhaupt keine Rückforderungsklage gegen den Aftermieter zugestanden haben sollte." S. 199: „Auf sehr speziellen Zweckmäßigkeitsrücksichten beruht es, wenn die *r. v.* als Lückenbüßer verwendet wird, wo die persönliche Klage unzureichend ist; z. B. bei unterlassener *cautio usufructuaria* oder wo es zweifelhaft ist, ob eine persönliche Klage begründet ist, z. B. gegen den Superfiziar." Bei der Wesensverschiedenheit dinglicher und persönlicher Klagen entsprechen solche Argumentationen gerade hier ganz gewiß nicht klassischer Denkart. Daß die *r. v.* gegen Detentoren nicht eingreift, ist aus ihrer eigenen Geschichte zu erklären. Wo es hier mangels einer persönlichen Klage an einer *actio* überhaupt gefehlt haben sollte, konnte man nur mit einer *actio utilis*, aber nicht mit einer dinglichen Klage nachhelfen: vgl. etwa Lenel, Grünhuts Ztschr. 37, 522 zu D. 16, 3, 33 gegenüber Siber 18 f.

1) Wlassak, Edikt und Klageform 13. — Vgl. etwa die Erwägungen in D. 3, 6, 5, 1 i. f.; D. 4, 9, 3, 1; D. 11, 6, 1 pr.; D. 39, 4, 1, 2; D. 43, 26, 14; D. 47, 2, 14, 11; D. 47, 8, 2, 27 und auch in D. 7, 1, 13, 2, wo nicht die *cautio*, sondern eine *actio usufructuaria* in Frage steht (Lenel 356, Wlassak 14, Partsch, ZSSt. 31, 424, Segrè in Mélanges Girard II 564 N. 4 mit weiterer Literatur; unrichtig Pernice, Labeo II 1, 128, 366, Siber 214 ff.).

2) Vgl. etwa Gai. III 216, IV 4 (*quamvis sit etiam*), IV 20; D. 10, 3, 1; D. 12, 6, 66; D. 23, 3, 50 pr.

3) Zur *actio oneris aversi*: D. 19, 2, 31.

ständigkeit mancher Aktionen noch innerhalb der durch deren Formeln gezogenen Grenzen.[1]) Aber nur: mancher Aktionen; andere wieder büßten ihre Zuständigkeit dadurch, daß im Einzelfalle verwandte Klagen denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen konnten, nicht ein. Das wird bisweilen durch eine ausdrückliche Bemerkung[2]) und allgemein durch das verhältnismäßig seltene Auftreten subsidiärer Klagen[3]) sowie die Existenz einer ausgebreiteten Konkurrenz einander gegenseitig ausschließender Aktionen bestätigt. Hätte jener Utilitätsgrundsatz wirklich nicht nur die Rechtsschöpfung, sondern auch die Rechtsauslegung überall geleitet, so wäre es Sache der römischen Juristen gewesen, jede Aktionenkonkurrenz im Keime zu ersticken und durch eine ausgedehnte Lehre über das Zuständigkeitsverhältnis mehrerer Klagen zueinander zu ersetzen. Die Konkurrenz hätte alsdann nicht das Erlöschen, sondern die Hinderung des Entstehens einer konkurrierenden Klage zum Gegenstand gehabt, sie wäre somit, da diese Lehre das Eingreifen einer *actio* trotz Bestehens einer anderen in abstracto bestimmt hätte, aus der Verbindung mit dem Prozeßrecht ganz ausgeschieden. Die Quellen sagen uns das Gegenteil, und so ist das Ergebnis, daß die Klagindividuen sich im Hinblick auf unsere Frage durchaus verschieden entwickelt haben. Ob, wem[4]) und gegen wen eine Klage zusteht, bestimmt sich überall ausschließlich nach den Grundsätzen, die die Faktoren der Rechtsschöpfung und Rechtsauslegung in Beziehung auf die einzelne *actio* zur Anerkennung gebracht haben.[5]) So richtig es ist, daß die Auslegung bei der Bemessung der Zu-

1) Dies an vielen Beispielen dargetan zu haben, ist ein Verdienst Sibers 37 ff. — Zur *actio de pauperie* u. § 121.

2) Vgl. etwa D. 10, 2, 16, 4 i. f.

3) Und selbst, wo solche begegnen, beruhen sie in der Regel auf ausdrücklichem Edikt, in dem der Prätor für den Fall, daß *alia actio erit* eine *denegatio actionis* entweder verheißt (so implicite bei der *actio de dolo*) oder sich vorbehält (durch die Klausel *causa cognita*: so bei der postannalen *actio qu. met. ca.* D. 4, 2, 14, 1. 2 und bei der *actio subsidiaria* i. e. S.: Levy, Privatstrafe 44). Seltener ging die Subsidiarität auf die Jurisprudenz zurück: so D. 11, 7, 14, 12 (*actio funeraria*). Wegen der *actio utilis* gegen den zessierenden Tutor s. u. S. 220 N. 6.

4) Man denke etwa an die aus allgemeinen Sätzen niemals zu ergründende Verschiedenheit in der Aktivlegitimation der *a. furti* und der *a. legis Aquiliae.*

5) Richtig Kann, Klagenmehrheit bei einem Delikt (1901) 1—3.

ständigkeit bisweilen die Schranken der Formel noch enger gezogen hat, so richtig ist es auch, daß sie diese Schranken sehr oft nicht überboten hat. Die Konkurrenzlehre hat hier also keine andere Aufgabe als die, sich bei den Ergebnissen zu bescheiden, die ihr die speziellen Zuständigkeitslehren der einzelnen *actiones* bieten. Mit diesen Lehren teilt sie sich in die Aufgabe, im Interesse einer gesunden Rechtsökonomie die Durchführung mehrerer Rechtsbehelfe zu demselben wirtschaftlichen Zwecke zu verhüten.

Mit Rücksicht auf die Ausführungen von Siber und Peters ist im Vorangehenden nur von der einfachen Aktionenkonkurrenz gesprochen worden. Für die Personenkonkurrenz gilt das Gesagte aber selbstverständlich entsprechend. Daß etwa im klassischen Recht die *actio furti* des Kommodatars allein steht, während sie im justinianischen Recht mit der *actio furti* des Eigentümers konkurriert[1]), ist für die Konkurrenzlehre eine vorauszusetzende, aber nicht zu erörternde Tatsache. Außerdem begegnet hier noch eine der einfachen Personenkonkurrenz charakteristische Frage. So oft es sich fragt, ob mehrere Gläubiger (und Schuldner) *in solidum* oder anteilsmäßig berechtigt (und verpflichtet) sind, ist zu bedenken, daß nur im ersteren Falle die mehreren Personen konkurrieren, während der Fall der Anteilsbeteiligung die zur Konkurrenz erforderliche Gemeinsamkeit nicht aufweist. Das heißt nichts anderes, als daß auch diese Frage nur der betreffenden Zuständigkeitslehre angehört und nur das Ob und nicht das Wie der Konkurrenz betrifft. Auch sie hat daher grundsätzlich auszuscheiden.

2. Das gleiche gilt von den Fällen, in denen zwar zwei Klagen auf einen Tatbestand reagieren, das Verhältnis dieser Klagen zueinander aber ein für allemal abstrakt und ohne Rücksicht auf den Willen des Klägers geregelt ist: ein Umstand, der darin zum Ausdruck kommt, daß die Abweisung der einen Klage nicht von der *litis contestatio* über die andere abhängig ist und deshalb auch nicht auf Grund prozessualer Konsumption, sondern aus rein materiellen Gründen erfolgt. Ein in diesem Zusammenhang oft erwähntes Beispiel[2]) bietet das präparatorische und zuweilen zugleich prä-

1) C. 6, 2, 22.

2) Savigny, System V 211 f., der hier nach damaligem Sprachgebrauch von einer sog. sukzessiven Konkurrenz redet.

judiziale Verhältnis zweier Klagen. Ob der Kläger die *a. ad exhibendum* oder die *rei vindicatio*, ob er die *rei vindicatio* oder die *a. communi dividundo*, ob er die *hereditatis petitio* oder die *a. familiae herciscundae* erhebt, hat keinen Einfluß auf die Frage, ob die eine dieser Klagen noch erhoben werden kann oder nicht. Dem Kläger selbst ist hier überall nur an der Erhebung der letztgenannten Klage gelegen. Ob er diese Klage aber alsbald mit Erfolg erheben kann oder zunächst die Vorfrage im Wege der erstgenannten Klagen zur Entscheidung bringen muß, hängt von dem Verhalten des Beklagten und anderen objektiven Umständen ab.[1]) Wenn Bekker und Alibrandi hier ein wirkliches Konsumptionsverhältnis anerkennen, so beruht das auf irrtümlicher Auslegung.[2]) Siber[3]) urteilt in der Sache selbst zutreffend. Wenn er aber trotzdem auch hier von Konkurrenz spricht, so ist das wenig empfehlenswert: es verdunkelt, wie schon Savigny[4]) betont, den Sachverhalt, der nach keiner Richtung hin durch allgemeine Lehren der Konkurrenz, sondern durch besondere aus dem jeweiligen Rechtsverhältnis sich ergebende Sätze geordnet ist.

Entsprechend ist das Verhältnis der Regreßklagen zu den jeweiligen Hauptklagen zu beurteilen. Die Natur einer Regreßklage erlangt eine *actio* dadurch, daß ihre Kondemnationsklausel *quanti ea res erit* nicht absolut, sondern unter stetem Seitenblick auf den von einer anderen Klage zu erwartenden oder schon verwirklichten Erfolg ausgelegt wird.[5]) Hiernach allein wird das Interesse des Klägers

1) Man denke an die singuläre Rolle, die im Verhältnis zwischen *hereditatis petitio* und *a. familiae herciscundae* der Mitbesitz des Klägers spielt: Gai. D. 10, 2, 1, 1. 2) Alibrandi I 172; Bekker, Proz. Kons. 256 f.

3) 145 ff., bes. 153; daselbst Quellenbelege. 4) V 212.

5) Der Regreßcharakter ist von der Subsidiarität im technischen Sinne streng getrennt zu halten. Die letztere ist eine Eigenschaft, die das Wesen der mit ihr ausgestatteten Klage nicht berührt und deshalb in der Regel einer positivrechtlichen Grundlage bedarf (s. ob. S. 20 N. 3). Ihr verschafft der Prätor *in iure* Geltung. Auf Grund einer *causae cognitio* wird, falls die Erfolglosigkeit aller anderen Rechtsbehelfe nicht dargetan ist, die Subsidiärklage denegiert: so bei der *actio de dolo*, der postannalen *actio quod metus causa*, der *actio subsidiaria* gegen den Munizipalmagistrat, der *actio utilis* gegen den zessierenden Tutor. — In diesem Sinne braucht eine Regreßklage nicht subsidiär zu sein. Vielmehr äußert sich die Subsidiarität hier, ohne daß es besonderer Betonung in Edikt oder Formel bedurfte, darin, daß der Kläger,

bemessen und das Durchdringen der Regreßklage entschieden. Ob die Haupt- oder die Regreßklage zuerst erhoben wird, ist für das Ergebnis ohne Belang.

Gleichfalls vom Willen des Klägers unabhängig ist die Regelung dann, wenn das Verhältnis zwischen zwei Klagen in einem bestimmten Falle allgemein dahin entschieden ist, daß bloß die eine Klage erfolgreich geltend gemacht werden kann. Nur als Beispiel sei Paul. D. 4, 3, 18, 5 erwähnt.[1]) Hier liegt eine Konkurrenz im technischen Sinne nicht vor, obwohl die *a. legis Aquiliae* dem Promittenten gerade mit Rücksicht darauf versagt wird (*ideoque*), daß man dem Stipulanten die *a. de dolo* gewährt. Die Entscheidung beruht darauf, daß man einerseits den liberierten Promittenten nicht als schutzbedürftig anerkennt und andererseits angesichts der strikten Natur

---

solange er von dem principaliter Verpflichteten Schadloshaltung erlangen kann, von dem regreßverpflichteten Beklagten überhaupt noch gar nicht geschädigt ist, daß es also an dem zur Verurteilung erforderlichen Interesse des Klägers fehlt. Diese im Wesen der Klage selbst liegende Subsidiarität ist daher auch im striktesten *iudicium* vom Geschworenen zu prüfen und äußert sich dementsprechend im Wege der Absolution. Aus dem gleichen Grunde schließt eine Regreßklage eine technisch subsidiäre Klage aus, während zwei technisch subsidiäre Klagen miteinander konkurrieren können (vgl. D. 4, 2, 14, 13; dazu u. § 110). — Nicht subsidiäre Regreßklagen sind z. B. auch die *a. neg. gest.* gegen den *curator* (bisweilen), die *hereditatis petitio* gegen den *ante l. c. dolo desinens possidere*, die *actiones in factum* gegen den Munizipalmagistrat wegen mangelnder Sorgfalt beim Verfahren wegen *damnum infectum*; gegen den *per quem factum erit, quo minus quis vadimonium sistat*; gegen den *iudicii mutandi causa alienans*; gegen den *testamento liber esse iussus* aus Dig. 47, 4; gegen den *mensor*, der *falsum modum dixerit*. Sowohl in D. 39, 2, 4, 9 (Levy, Priv. 47 N. 1) wie in D. 2, 10, 3, 4 (vgl. noch eod. 1, 3; 3 pr.) wie in D. 47, 4, 1, 16 wie endlich in D. 11, 6, 3, 2; D. eod. 5, 1 (Levy 53 N. 1) wird die Absolution auf das mangelnde (rechtliche oder tatsächliche) Interesse zurückgeführt, und in der letztgenannten Stelle (1. Satz) wird sogar höchst korrekt das *agere* (= *litem contestari*) *poterit etiam cum mensore* dem *condemnari mensorem non oportet* gegenübergestellt (der zweite Satz dieser Stelle sowie D. eod. 3, 2. 3 brauchen *actio* und *agere* dagegen in dem u. S. 59 gekennzeichneten inkorrekten Sinn von erfolgreicher Klage). Auch D. 47, 4, 1, 16 spricht zutreffend von der *condemnatio*. Wegen der *hereditatis petitio* gegen den böslichen Entsitzer ausführlicher u. § 169, wegen der *alien. iud. mut. ca. facta* u. § 169, wegen der Kuratorenklage u. § 133.

1) Ein Beispiel im Gebiet der einfachen Personenkonkurrenz gibt D. 13, 6, 7 pr.; dieses fr. wird, weil hier das prätorische Recht hindernd in ein wahres Konkurrenzverhältnis eingreift, erst unten (S. 215 ff.) besprochen werden.

der Stipulationsklage auf dem natürlichen Wege eines Zwangs zur Klagabtretung[1]) nicht helfen kann. Rein materiellrechtliche Erwägungen greifen durch, und es ist daher auch gleichgültig, ob der Stipulant von der *actio de dolo* Gebrauch macht. Darin liegt der entscheidende Gegensatz: eine wirkliche Konkurrenz liegt nur vor, wenn die wirkende Tatsache in der konkreten Geltendmachung einer der Klagen besteht; niemals, wenn das abstrakte Bestehen einer Klage auf die Zuständigkeit der anderen einwirkt.[2])

3. Immer muß es zweifelhaft sein, ob die eine *actio* die andere beeinflußt. Anderenfalls müßten hierher, wie Savigny[3]) sagt, „unzählige Fälle gerechnet werden, welche hier zu erwähnen, niemand den Gedanken haben wird". Wenn aber Savigny „namentlich alle gleichzeitig unter verschiedenen Personen bestehende Klagen aus ganz verschiedenen Rechtsgeschäften" ausschalten will, so geht das, wie sich später ergeben wird[4]), zu weit. Man könnte hier wohl auf eine prinzipielle Grenzziehung unbedenklich verzichten. Entschließt man sich dazu nicht, so sind jedenfalls solche Fälle auszuschließen, in denen die mehreren Aktionen weder nach ihrem Entstehungsgrund noch nach ihrem Ziel noch nach der Person der Beteiligten irgendwelche Konnexität aufweisen. Ein solcher Fall ist namentlich dann gegeben, wenn eine doppelte Konkurrenz unzweifelhaft eine ungehemmte Kumulation[5]) zur Folge hat. Hierher würde etwa in Jul. D. 19, 2, 32 das Verhältnis zwischen der *actio conducti* des Kolonen (bzw. im Schlußsatz der *actio empti*) zu der *actio ex testamento* des Legatars gehören, wenn, wie es nach den Schlußworten den Anschein hat, ein Damnationslegat in Frage stände.[6]) Ebenso ver-

1) So D. 19, 1, 13, 12; soweit die Stelle hier verwertet wird, ist an ihrer Authentizität nicht zu zweifeln; im übrigen ist manches im Widerspruch mit der Custodiahaftung des Verkäufers und verdächtig; vgl. auch Eisele, ZSSt. 30, 124.

2) Sehr zutreffend unterscheidet in diesem Sinne bereits Alibrandi I 164 konkrete und abstrakte Konkurrenz. 3) V 232.

4) S. z. B. u. §§ 129. 130. 152. 156. Einstweilen denke man etwa an den Fall, daß *dos ex promissione marito debetur, legatum filiae* in D. 23, 3, 29.

5) Zu diesem Ausdruck s. u. S. 121.

6) In Wirklichkeit liegt jedoch, wie allgemein angenommen wird (Windscheid II § 400 N. 7 anf., Pernice, ZSSt. 9, 241 N. 3, Riccobono, Bullett. 8, 236 f.) ein *legatum per vindicationem* vor: sonst wäre nicht einzusehen, wie der Legatar, dem ja doch nach dem Tatbestand der Erbe noch gar nichts geleistet hat, den Pächter an der Ausübung der Pacht sollte hindern können. Auch

hält es sich mit der Kumulation der *actio legis Aquiliae ex capite tertio* gegen den Täter A und der *actio legis Aquiliae ex capite primo* gegen den Täter B in D. 9, 2, 11, 3 Cels.-Marcell.-Ulp.[1]). Daß das Delikt des A und das *postea* begangene des B verschiedene Taten sind, deren jede ihre eigene Sühne heischt, will Ulpian gewiß nicht hervorheben; das versteht sich von selbst. Der Gedanke an eine „Realkonkurrenz", die einen rechtlich beachtlichen Zusammenhang zwischen den mehreren Handlungen erfordert, aber gerade darum die Identität des Täters voraussetzt[2]), lag hier außerhalb des Gesichtskreises. Der Grund dafür, daß Ulpian den Celsus und den Marcellus heranzieht, beruht darauf, daß es bestritten war, ob der Täter A wegen des von dem Täter B verursachten Erfolges (nämlich wegen der Tötung) ebenso mithafte, wie wenn die von ihm dem Sklaven beigebrachte Wunde ohne Hinzutritt der Tat des B zum Tode geführt hätte[3]): eine Frage, die Ulpian wegen Unterbrechung des Kausalzusammenhanges im Gegensatz zu Julian[4]) verneint.[5])

---

sachlich wäre die Entscheidung für das Damnationslegat nur zu halten, wenn die (nicht erwähnte) Erfüllung des Legats vorausgesetzt würde. Vgl. ferner das parallele Responsum Ulpians in Vat. fragm. 44 (= D. 30, 120, 2) und zum allgemeinen Sprachgebrauch der Quellen Wlassak, ZSSt. 31, 207 u. 230 N. 3. Bei dieser Auffassung wird freilich der Schluß *heres et emptori et legatario esset obligatus* unerträglich. Daß *et legatario* auf Grund der nachklassischen Reform des Vermächtnisrechts (Wlassak 225 f.) interpoliert ist, liegt nahe. Die Worte machen den sonst ganz glatten Vergleich (*colonus* — *emptor*) hinken: sie stellen Emptor und Legatar auf die gleiche Stufe eines Nachlaßgläubigers, während im Vorangehenden der Colonus = Nachlaßgläubiger den kürzeren zieht. Auch das substantivische *legatarius* gegenüber dem *ab eo, cui legatus esset fundus* ist vielleicht bemerkenswert.

1) Doppelte Konkurrenz, weil die beiden Klagen materiell und formell verschieden sind: vgl. Lenel 193.

2) Hierzu in dem gleichen Falle: Gai. D. 9, 2, 32, 1 (erster Teil).

3) Vgl. Gai. D. 9, 2, 32, 1 (zweiter Teil).

4) D. 9, 2, 51 pr. Das anscheinend entgegenstehende D. eod. 15, 1 ist auch in seinem ersten Satze verfälscht: Andeutungen bei Beseler III 8 f.

5) Die sachlich unschädlichen Worte *quia ex alio vulnere periit* sind wohl Glossem: a) störender Subjektwechsel; b) Kausalsatz im Kausalsatz; c) *perire ex vulnere* anstatt des bloßen ablativus instrumenti *vulnere* (vgl. *vulnere percutere* im Anfang des Fragments oder *vulneribus occidere* in D. 9, 2, 32, 1 sowie die Ablative bei Seckel-Heumann *perire* 1) ist wohl gleichfalls verdächtig; es steht auf einer Stufe mit dem wohl immer interpolierten *consequi ex actione*. Zu dieser Wendung Näheres anderswo.

Wo, wie hier, die Möglichkeit eines Zweifels das Kriterium dafür bildet, ob einem Tatbestande sein Platz jenseits der Grenze des Konkurrenzgebietes angewiesen werden darf, da ist selbstverständlich in der Ausscheidung überlieferter Fälle die größte Vorsicht geboten. So würde es mit der Äußerung des Pomponius am Schluß von D. 47, 2, 77, 1 nicht im Einklang stehen, wollte man das Verhältnis der gegen zwei Diebe aus getrennten Diebstählen zuständigen *actiones furti* eliminieren.[1]) Desgleichen mahnt D. 6, 1, 7 zur Zurückhaltung, wo sich Paulus auf Pedius dafür beruft, daß die *rei vindicatio* gegen den wirklichen *possessor* möglich bleibt, wenn der *liti se offerens* auf Grund der *clausula doli* der Judikatskaution mit der *actio ex stipulatu*[2]) verurteilt ist. Allerdings kann aus diesem Zitat nicht mit Sicherheit geschlossen werden, daß Paulus für diesen Satz noch einer Stütze bedurfte. Möglich ist auch, daß er ihn bei der Besprechung der *actio de dolo* und speziell im Anschluß an D. 4, 3, 25[3]) vergleichsweise aussprach und wegen des Näheren auf die Darstellung des Pedius verwies.

4. Es müssen mehrere Aktionen gegeben sein. In welcher Weise die *litis contestatio* oder andere Prozeßakte im Rahmen derselben *actio* wirken, wird zwar hier und da erläuternd herangezogen werden müssen, grundsätzlich aber außer Betracht zu bleiben haben.[4]) Was eine *actio* ist, muß dabei nach dem gewöhn-

---

1) Zu der Stelle s. u. S. 480 ff.

2) Die Stelle gehört dann in den gleichen Zusammenhang wie D. 4, 3, 39; 5, 3, 45; eod. 13, 13 (zu ihnen namentlich Partsch, *alienatio jud. mut. ca. fact.* 35; Beseler I 28; Lenel, Grünhuts Ztschr. 37, 532 f.); erwähnt wird sie aber nur von Partsch, der sie auf einen *cas, où il n'y aurait pas eu caution* und daher wohl auf die *actio de dolo* bezieht. Wenn jedoch die *rei vindicatio in iudicium* deduziert ist, muß die Prozeßkaution geleistet sein; ihre Verwendbarkeit gegen den *liti se offerens* war nach den obigen Stellen dem Celsus geläufig, also jedenfalls dem Pedius bekannt: für die subsidiäre *actio de dolo* war daher kein Raum. Aus der Inskription allein läßt sich die Gewährung der *actio de dolo* so wenig ableiten wie etwa in D. 4, 3, 25 (vgl. dazu folg. Note), und das Schweigen über den Namen der Klage legt den Gedanken an die Stipulationsklage sogar näher als den an die *actio de dolo*: vgl. etwa die Ausdrucksweise in D. 4, 3, 39 und die Interpolation in D. 5, 3, 13, 13 i. f. Lenel a. a. O. 533 N. 29).

3) So wohl auch Lenel, Ed. (2. Aufl.) 111 N. 12 (anders noch Pal. I 964) und P. Krüger, Anhang III zu seiner Digestenausgabe.

4) Vgl. Savigny, System V 213 f.

lichen Sprachgebrauch der Quellen bemessen werden, der in ihr die formelle Bedeutung (= Klagformel) und die materielle (= Anspruch) zusammenfaßt.[1]) In diesem Sinne ist weder die Klagformel allein noch das Forderungsrecht allein eine *actio*. Ausgeschlossen von der Darstellung ist somit einerseits die bloße Anspruchskonkurrenz, die innerhalb einer *actio* auftreten kann[2]), und andererseits ihr Gegenstück, die bloße Formelkonkurrenz. Die letztere umfaßt die Fälle, in denen dieselbe *actio* in verschiedenen Formeln auftreten kann: so die *actio depositi* bald mit *formula in ius*, bald mit *formula in factum concepta*; so die *actio legis Aquiliae* bald als *confessoria*, bald als *negatoria*; so die *actio de peculio* bald als *perpetua*, bald als *annalis*; so die *actio noxalis* verschieden, je nachdem der Beklagte Eigentum und Potestas an dem Sklaven oder eines oder keines von beiden zugesteht.[3]) Hier liegen die Unterschiede überall nur auf prozessualem Gebiete; sie berühren niemals die *eadem res*. Zweifelhaft kann daher nur sein, ob die Konsumption *ipso iure* oder im Wege der *exceptio* eintritt[4]); aber eintreten muß sie hier immer, da nicht nur *eadem res*, sondern sogar *eadem actio*, also ein *agere de eadem re eodem modo* in Frage steht. — Dagegen stehen innerhalb des Rahmens der Aktionenkonkurrenz 1. die Fälle, in denen Aktionen, aber nicht Obligationen konkurrieren: sei es, daß solche (wie bei der Konkurrenz dinglicher Klagen) überhaupt nicht vorhanden sind, sei es, daß eine *obligatio* ausnahmsweise[5]) mit mehreren Aktionen

---

1) Wlassak bei Pauly-Wissowa I 304 ff., namentlich 307 f.; vgl. auch H. Peters, ZSSt. 32, 183 N. 2.

2) Über sie z. B. u. S. 86 ff., 117 f.

3) Nicht immer ist die gleichmäßige Bezeichnung der *actio* in den Quellen ein untrügliches Anzeichen für Formelkonkurrenz. So bedeutet *detracta* (oder *sine*) *noxae deditione agere* bald diejenige *actio noxalis*, der, wenn der Beklagte Eigentum oder Potestas bestreitet, die Noxalklausel bloß in der *condemnatio* fehlt (Gegensatz: die gewöhnliche *actio noxalis* als *actio directa*: D. 9, 4, 26, 2; eod. 26, 4), bald das Gegenteil der *actio noxalis*, falls bei *scientia domini* eine *actio* erteilt wird, der schon in der *intentio* die Noxalklausel fehlt: s. dazu u. S. 166 N. 3, 167 N. 3. Hier steht die mit zwei Noxalklauseln ausgestattete Formel zur ersteren *actio* in bloßer Formelkonkurrenz, zu der letzteren dagegen in Aktionenkonkurrenz. Wie sich das bei hinzutretender Personenkonkurrenz gestaltet, darüber s. u. S. 258 f., 313, 319 f.

4) S. u. S. 75 f.

5) Vgl. auch u. S. 113 N. 2.

ausgestattet ist[1]); 2. die Fälle, in denen die verschiedenen Aktionen dieselben Formeln haben[2]), also nicht durch ihr Wesen, sondern durch die Verschiedenartigkeit der zugrunde liegenden Tatbestände individualisiert werden (gleichartige Aktionenkonkurrenz).[3])

Außer Betracht bleibt endlich die Konkurrenz zwischen *actio* und *exceptio*[4]) nebst ähnlichen Erscheinungen[5]). Diese Lehre enthält, so vielfache Berührungspunkte sie auch mit der Aktionenkonkurrenz hat, ihre selbständigen Elemente und ist deshalb zweckmäßig besonderer Behandlung vorzubehalten.[6])

5. Die mehreren Aktionen müssen aber nicht nur bestehen, sondern auch als solche konkurrieren. Hier werden vielfach Tatbestände ausgeschieden, denen gegenüber man davon spricht, daß der Kläger ein „Wahlrecht" zwischen verschiedenen Klagen habe. Eisele[7]) beschränkt sich dabei auf das Beispiel der *actiones redhibitoria* und *quanti minoris*, während Savigny[8]) außer diesem eine bunte Fülle von Fällen anführt, aus deren Belegen folgende herausgegriffen seien[9]): D. 18, 3, 7; C. 6, 2, 1; D. 3, 6, 5, 1; D. 4, 9, 3, 5; D. 4, 9, 6, 4; D. 47, 5, 1, 3. Beide schalten die von ihnen hier ins

1) Beispiele: *actio tutelae* ∽ *a. ration. distrah.* (u. S. 109 ff., 145 f.); Schuldklage ∽ *hered. petitio* (u. S. 132); vermutungsweise *actio de arboribus succisis* ∽ *actio arborum furtim caesarum* (u. § 117).

2) Savigny V 207 unterscheidet in diesem Sinne gleichnamige und ungleichnamige Klagen.

3) Zu ihr gehört die gesamte einfache Personenkonkurrenz (s. u. S. 174). Die für die einfache Aktionenkonkurrenz belegten (selteneren) Fälle (s. u. S. 456 ff., 473 f., §§ 99. 150) bilden, insofern hier Formeln und Personen identisch sind, ein Gegenstück zur doppelten Konkurrenz.

4) Über sie neuerdings (1913), nur teilweise befriedigend, Betti, Sulla oppositione della exceptio all' actio e sulla concorrenza fra loro.

5) Z. B. *actio* und *retentio* im Dotalrecht, *actio* und *deductio* im Pekuliarrecht (u. S. 260).

6) Nur gelegentlich werden Exzeptionsfälle heranzuziehen sein; s. vor allem u. § 101.

7) 79, 329 f. — Ein weiteres Beispiel findet E. 369 f. in D. 27, 9, 10; mit halbem Recht; u. § 132. 8) V 256 ff.

9) Die übrigen betreffen klassisches Recht nicht. Das gilt namentlich von der Wahl des Eigentümers zwischen der *a. commodati* gegen den Entleiher und der *a. furti* gegen den Dieb (s. dazu ob. S. 21). — D. 30, 84, 13 u. D. 31, 76, 8 sind inzwischen als interpoliert erwiesen. Vgl. zur ersteren Stelle Ascoli, Arch. giur. 40, 343 f.; Eisele, ZSSt. 18, 5 ff.; Lenel 515 N. 10; P. Krüger zdSt.; Wlassak, ZSSt. 31, 226 (mit weit. Lit.); zur letzteren Stelle Ascoli,

Auge gefaßten Fälle aus der Konkurrenzlehre aus. Savigny leugnet zwar selbst ein ihnen zugrunde liegendes gemeinsames Prinzip, er sieht aber das ihre Zusammenstellung rechtfertigende Merkmal darin, daß hier überall „dem Berechtigten geradezu ein Wahlrecht zwischen mehreren Klagen gegeben" sei; bei den meisten sei „die Grundverschiedenheit schon dadurch unverkennbar, daß die der Wahl überlassenen Klagen auf ganz verschiedene Objekte gerichtet sind". Eisele begründet die Ausscheidung damit, daß „von den verschiedenen Erfolgen, die sie (die Ansprüche) anstreben, der eine den andern ausschließt, so daß das Recht beide kumulativ gar nicht geben kann, sondern nur die Wahl zwischen ihnen".

Die Argumente Savignys sind leicht zu widerlegen. Die Betonung des „Wahlrechts" besagt gar nichts. Wenn es auch gewiß verfehlt ist, umgekehrt mit Fitting und Karlowa[1]) die ganze Konsumptionslehre statt auf prozessualen Momenten auf dem Wahlrecht des Klägers aufzubauen, so ist doch, wie oben[2]) hervorgehoben, eine zu irgendwelcher[3]) Konsumption führende passive Konkurrenz ohne die freie Befugnis des Klägers, sich für die eine oder die andere Klage zu entscheiden, gar nicht zu denken. Die Erkenntnis der Ähnlichkeit des Wahlrechts mit einer gewissen Rechtslage im Konkurrenzrecht hat sogar zu einer noch heute weit verbreiteten und folgenschweren terminologischen Irrung geführt.[4]) Aber auch die Verschiedenheit der Objekte kann schwerlich ausschlaggebend sein: in einer großen Anzahl von Fällen, die uns später beschäftigen werden, haben die Aktionen ein verschiedenes

---

Eisele, P. Krüger a. a. O., ferner Beseler II 91; anders Alibrandi I 187, Wlassak a. a. O. (mit Lit.).

1) Was Fitting (Natur der Korrealobligationen 136 ff., 206 ff.) für die Personenkonkurrenz anführt, behauptet mutatis mutandis Karlowa II 987 f. für die Aktionenkonkurrenz im engeren Sinne. Fittings Lehre ist durch die in ihrem kritischen Teil (s. u. S. 41 ff.) zutreffenden Bemerkungen Ascolis 86 N. 1 und Eiseles 77, 398 ff. widerlegt; ihre Argumente sind auch Karlowa entgegenzuhalten. Die Wirkung dieses Wahlrechts ist eher selbst erklärungsbedürftig als zur Erklärung geeignet; aus dem Wahlrecht heraus ist es nicht zu verstehen, warum die Konsumption bald *ipso iure*, bald durch *exceptio*, bald auf andere Weise (s. u. Abschnitt III) eintritt.

2) S. 21 ff.

3) Gleichviel ob ziviler oder anderer: dazu u. S. 121 f.

4) S. dazu u. S. 41 ff.

Ziel, und gerade die Erkenntnis dieser Verschiedenheit wird vielfach den Schlüssel zu der Lösung bieten. In den vier letztgenannten Beispielen Savignys stecken denn auch heute vielfach als Konkurrenzfälle behandelte Tatbestände[1]): Tatbestände, die sich von den in seinem § 234 unter anderem Gesichtspunkt gewürdigten Fällen in manchen wesentlichen Stücken nicht unterscheiden.

So ist es denn ein Fortschritt, wenn Eisele das Merkmal statt in der Verschiedenheit des Erfolges an sich vielmehr darin findet, daß diese Verschiedenheit nicht wie in Konkurrenzfällen zu einer Kumulation, sondern gerade umgekehrt zur Konsumption führe, weil der eine Erfolg den anderen ausschließe. Aber der springende Punkt ist auch hier nicht getroffen. Einmal geht die Überlieferung in dem von Eisele gewürdigten Falle nicht von der Verschiedenheit, sondern umgekehrt von der Gleichheit des Erfolges aus.[2]) Ferner schließt z. B. bei einer für den Fall der Nichterfüllung eines *bonae-fidei*-Vertrages stipulierten Vertragsstrafe der Erfolg der *actio ex stipulatu* den der Vertragsklage so aus, „daß das Recht beide kumulativ gar nicht geben kann", und doch behandelt Eisele[3]) selbst diesen Fall als wahren Konkurrenzfall, und doch muß er ihn so behandeln, weil die Quellen hier eine noch niemals verkannte Sprache führen. Der in die Augen springende Unterschied zwischen beiden Beispielsfällen beschränkt sich wesentlich darauf, daß die *causa* der Klagen in dem einen Falle die gleiche, in dem anderen eine verschiedene ist. Gerade das ist aber ein für die Konkurrenzlehre so bezeichnender Gegensatz, daß schon er zu einer Revision jener Ansicht hätte hindrängen sollen.

Wo liegt nun die Grenze, die Savigny und Eisele gefühlt, aber nicht zu richtigem Ausdruck gebracht haben? Die m. E. zutreffende Antwort hat wohl der Umstand verhindert, daß der Fall der ädili-

1) Belege s. u. bei der Erörterung der Fragmente.

2) D. 44, 2, 25, 1: *posterior actio* (*scil. quanti minoris*) *etiam redhibitionem continet, si* . . . Diese Worte in Verb. mit der im Schlußsatz gegebenen Folgerung behalten ihr Gewicht, auch wenn man vor ihnen mit Eisele und P. Krüger zdSt. eine Streichung, nach ihnen im *si*-Satze mit Beseler III 158 die Hand eines Fälschers vermutet (vgl. u. S. 142 N. 8). Denn sie selbst werden formell durch Ulp. D. 19, 1, 11, 3, materiell durch Paul. D. 21, 1, 43, 6 untadelig gestützt. Ganz abwegig Biondi, Actiones arbitrariae I 141 ff.

3) 79, 368 f.; s. auch Savigny V 261 f.

zischen Klagen in der Regel[1]) zu den Fällen gerechnet worden ist, die eine Konkurrenz nicht aufweisen: eine Meinung, die vielleicht darauf beruht, daß man das Wahlrecht, weil meistenteils gegeben[2]), nicht als ein prozessuales, sondern als ein materiellrechtliches ansah. Den Quellen entspricht diese Anschauung jedoch nicht. Von den in Betracht kommenden Belegen[3]) spricht Jul. D. 44, 2, 25, 1 am Schlusse in lauter Termini, die für die prozessuale Konsumption und nur für sie charakteristisch sind.[4]) Das hat auch Eisele nicht zu bestreiten vermocht. Wenn er aber die Beweiskraft der Stelle dadurch zu erschüttern sucht, daß er den Schlußsatz nur auf den Fall bezieht, in dem die *actio qu. minoris* deshalb *redhibitionem continet*, weil *tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit*[5]), so ist das — von der Echtheit dieser Worte ganz abgesehen[6]) — nach dreierlei Richtung hin bedenklich. Einmal würde, wie unten[7]) zu zeigen sein wird, ein derartig beschränktes Konsumptionsverhältnis zweier Klagen den klassischen Grundsätzen widerstreiten. Ferner ist die Unterscheidung, ob im gegebenen Falle die *actio qu. minoris redhibitionem continet* oder nicht, praktisch für die Konsumption überhaupt nicht zu verwerten: nach dem ausdrücklichen Wortlaut unserer Stelle führt die *exceptio rei iudicatae* (*vel in iudicium deductae*)[8]) schon dann zur Abweisung der *actio redhibitoria*, wenn die *actio qu. minoris* auch nur bis zur *litis contestatio* gediehen ist[9]),

1) So auch Merkel 133, Helssig, Konkurrenz der Klagen 72.

2) Es gibt Fälle, in denen nur die *a. qu. minoris* erfolgreich ist (z. B. nach Ablauf der 6 Monate). Aber diese ganze Argumentation ist ohne Belang; vgl. z. B. die Konkurrenz zwischen *a. de peculio* und *a. tributoria* oder *a. de peculio* und *a. quod iussu*: siehe einerseits Gai. IV 74, 74a, andererseits u. S. 150 ff.

3) Zu ihnen gehört noch Pomp. D. 21, 1, 48, 2, nicht aber Ulp. D. 21, 1, 19, 6 oder Gai. D. eod. 18 pr. Ulpian spricht nur von der Befristung der Klagen; Gaius drückt das Wahlrecht durch ein bloßes *aut—aut* aus, eine Wendung, die Näheres nicht entnehmen läßt: s. u. S. 47 f.

4) Zutreffend schon Hartmann, ArchzivPrax. 50, 122, Alibrandi I 173 f., Hanausek, Haftung des Verkäufers I 163 f. (m. Lit.) und insoweit auch Biondi a. a. O. 137. 5) So bereits P. Krüger, Proz. Kons. 102.

6) Darüber ob. S. 30 N. 2. 7) S. 148 ff.

8) Für diese Ergänzung mit Recht schon Hartmann a. a. O.; ebenso Eisele, ZSSt. 21, 28 ff.; s. auch u. S. 56 N. 6.

9) *Egerit* = *l. contestatus sit*: s. u. S. 52 und Eisele 79, 330 N. 9 selbst; ein Fall der von Lenel 489 N. 4 bezeichneten Art steht also nicht in Frage.

d. h. bis zu einem Stadium, in dem es um so weniger feststeht, ob sie *redhibitionem continet*, als dieses Ergebnis, wie Paul. D. 21, 1, 43, 6 betont, ganz von dem *officium iudicis* abhing. Endlich würde sich Julian sehr unkorrekt ausgedrückt haben, wenn er die auf Prozeßkonsumption weisende *exceptio rei iudic.* (*vel in iudic. ded.*) als entscheidend bezeichnet hätte, obwohl in Wirklichkeit allgemein (also auch im Falle des *redhibitionem continet*) die außergerichtliche Wahlerklärung des Käufers den Ausschlag gegeben hätte[1]). Vor allem hätte dann aber der Verkäufer nicht aus einem prozessualen, sondern aus dem sachlichen Grunde absolviert werden müssen, daß das, was der Käufer im zweiten Prozeß verlangte, gar nicht mehr *in obligatione* sei: von *eadem res* hätte dann keine Rede sein können. — Wie die Prozeßkonsumption hier positiv zu erklären ist, kann erst später dargestellt werden.[2]) Hier kam es nur darauf an zu zeigen, daß *actio redhibitoria* und *actio qu. minoris* nicht weniger im eigentlichsten Sinne konkurrieren als etwa die Vertragsklage und die Klage aus der Strafstipulation. Das Verhältnis zwischen den ädilizischen Klagen ist also nicht geeignet, die Abgrenzungsfrage der Lösung näher zu bringen.

Weiter führt dagegen ein Blick auf C. 6, 2, 1 (*Impp. Severus et Antoninus AA. Theogeni*; *a. 200*):

> *Si pecunia tua mandantibus servis quidam praedia comparaverunt, eligere debes, utrum furti actionem et condictionem an mandati potius inferre debeas. neque enim aequitas patitur, ut et criminis causam persequaris et bonae fidei contractum impleri postules.*

Das Reskript behandelt die rein materiellrechtliche Befugnis des Berechtigten, ein für seine Rechnung geschlossenes Rechtsgeschäft zu genehmigen oder abzulehnen.[3]) Genehmigt der

1) Vgl. Pomp. D. 45, 1, 112 pr.; Dernburg II § 27, Mitteis, RPR. I 152 N. 63. 2) U. S. 134 ff.

3) Die Verwendung von *eligere* kann nicht wundernehmen: s. u. S. 43 N. 6. — Ebensowenig in C. 5, 51, 3 (a. 215), das sich von dem obigen Reskript wesentlich nur darin unterscheidet, daß die zur „Wahl" stehenden Rechtslagen in der Verschiedenheit nicht der Aktionen, sondern des *quod in iudicium venit* zum Ausdruck kommen. Im übrigen ist auf diese oft behandelte Stelle (neuerdings Siber 67 f., Solazzi, Minore età 94 f., Riv. 53, 288, Partsch, Neg. gest. I 70 f., Beseler III 164, Lenel, ZSSt. 35, 165 f., P. Krüger zdSt.) hier nicht einzugehen.

Dominus das von seinen Sklaven den Dritten zum Erwerb der Grundstücke erteilte Mandat, so fällt der Gedanke an ein *furtum* der *pecunia* und damit die Möglichkeit, mit der *condictio furtiva* und der *actio furti* vorzugehen, ohne weiteres weg; anderenfalls liegt — die subjektiven Tatbestandsmerkmale vorausgesetzt — nichts als ein *furtum* vor, und der Vertragserfüllungsklage (*impleri*) fehlt es an jeder Grundlage. Daß der Dominus seinem Willen im Wege der Erhebung der Deliktsklagen oder der Vertragsklage Ausdruck geben kann, darf, da eine formlose Erklärung zulässig ist, nicht befremden. Das wirkende Moment ist nur die rein materiellrechtliche Willenserklärung und nicht der prozessuale Akt als solcher. So wenig man verständigerweise in einem Atemzuge ja und nein sagen kann, so wenig ist eine Konkurrenz zwischen der aus dem Ja und der aus dem Nein entspringenden Klage denkbar.[1]) Nicht zwei Klagen aus einem Tatbestande sind hier gegeben, sondern zwei Tatbestände, von denen aber nur einer ins Leben treten kann.[2])

Gleiche Erwägungen greifen ein, wo es sich um das Verhältnis zwischen dem Erfüllungsanspruch und dem Anspruch aus der *lex commissoria* handelt. Deshalb und weil Savigny den Fall gleichfalls hier erwähnt, soll er kurz gestreift werden, doch nicht ohne den Vermerk, daß er sich schon deshalb der Konkurrenzlehre ent-

---

1) Zustimmend Merkel 133, Helssig, Konk. 77. — Ganz unzutreffend glauben dagegen Alibrandi I 185 und Segrè, St. Fadda VI 379 f. an eine Konkurrenz der Aktionen. — Damit ist natürlich nicht gesagt, daß die Diebstahlsklagen mit einer Vertragsklage nicht konkurrieren könnten. Wird die Vertragsklage nicht auf Erfüllung, sondern auf Schadensersatz gerichtet, so besteht jenes materiellrechtliche Wahlverhältnis nicht, und nur Klagenkonkurrenz greift ein; vgl. etwa Jav. D. 47, 2, 72 pr. und viele andere Fragmente. Steht fest, daß der Geschäftsherr seine Genehmigung verweigert, so kann sogar trotz Unwirksamkeit des Vertrages die Vertragsklage konkurrieren: Ulp. D. 13, 6, 14; dieses Fragment steht also mit C. 6, 2, 1 nicht in Widerspruch. Aber die Frage, inwieweit das klassische Recht zur Vertragsklage aus wirkungslosem Vertrage gelangt ist, bleibt sehr erwägenswert. Einiges dazu bei Pernice, Labeo III 1, 184 f., Siber 71 ff., 126 ff.; s. ferner Levy, Priv. 66 N. 2.

2) Diesen Gegensatz verkennt Merkel 134, wenn er unseren Tatbestand auf eine Stufe mit der Rechtslage stellt, die sich in Pap. D. 47, 2, 81, 5 nach Abtretung der *cond. furt.* zwischen dieser Klage und der *a. neg. gest.* ergibt. Hier herrscht wahre Konkurrenz beider Klagen, die gleichermaßen dazu dienen, dem Titius zu dem von dem Prokurator vereinnahmten Gelde zu verhelfen; vgl. über diese Stelle u. § 135.

zieht, weil beide Ansprüche mit der *actio venditi* verfolgt werden[1]) und es somit auch an dem oben S. 26f. betrachteten Erfordernis fehlt. Auch hier beruht das gegenseitige Ausschlußverhältnis, in dem die beiden Ansprüche zueinander stehen, nicht auf einer prozessualen Tatsache, sondern auf dem materiellen Recht des Verkäufers, sich zwischen der Geltendmachung der *lex commissoria* und der Aufrechterhaltung des Kaufverhältnisses zu entscheiden und damit den aktuell werdenden Tatbestand erst zu bestimmen. Demgemäß herrschen in den Quellen Wendungen vor, die als Sitz des Problems das materielle Recht bezeichnen. So erklärt nach dem Zitat Ulpians in D. 18, 3, 4, 2 Papinian ersichtlich die außergerichtliche Willenserklärung *(statuere)* des Verkäufers für entscheidend, ob er seine Rechte aus der *lex commissoria* ausüben (*commissoriam velit exercere*) oder den Kaufpreis fordern wolle[2]), und in seinen eigenen Worten[3]) versagt er das *ius variandi* dem, *qui ... legem commissoriam exercere voluit*: d. h. dem, der eine entsprechende Willenserklärung abgegeben hat, also nicht nur dem, der im Klagewege bereits *exercuit*. Gibt der Verkäufer seine Willensmeinung aber erst in dem Prozeß[4]) kund, in dem er den Kaufpreis einklagt, so wird die Verwirkung des *ius variandi* nicht etwa in die Denkform der prozessualen Konsumption gegossen, sondern auf einen implicite erklärten Verzicht zurückgeführt[5]): eine Betrachtungsweise, die in der Konkurrenzlehre unerhört wäre.

Derartige Fälle begegnen aber nicht nur zwischen denselben Personen. Auch die Tatbestände der Personenkonkurrenz, insbesondere der doppelten, sind stets zunächst daraufhin zu prüfen, ob nicht lediglich die materiellen Rechtslagen konkurrieren. Zu bejahen ist diese Frage z. B. gegenüber den zusammengehörigen[6])

1) Pernice II 1, 185 N. 4.

2) Das folgende *eligere* bedeutet auch hier nichts weiter als wählen: s. u. S. 43 N. 6. 3) Vat. Fragm. 4.

4) Notwendig schon beim *edere actionem?* Auf diese Frage kommt hier nichts an.

5) Vat. Fragm. 3; Paul. D. 4, 4, 38 pr.; Hermog. D. 18, 3, 7.

6) Vgl. Lenel, Paul. Nr. 1024, 1025, der aber D. 16, 1, 31 vorangehen läßt; plausibler ist Krügers Vermutung (zdSt, Gesch. d. Qu., 2. Aufl., 188 N. 69), der die Fragmente umstellt. Hätte Neratius das fr. 66 geschrieben, so wäre fr. 31 als Note des Paulus (durch getilgte Übergangsworte eingeleitet) ohne weiteres verständlich.

Fragmenten D. 46, 1, 66 und 16, 1, 31. Hier konkurriert nicht etwa die *actio mandati* gegen den *Titius (reus)* passiv mit der *cond. indebiti* des *dominus* (der *mulier*) oder aktiv mit der Schuldklage (*actio restitutoria*) des Gläubigers. Wäre dem so, so ließe sich, da *eadem res* zwischen diesen Klagen durch die Verschiedenheit der *causae* ausgeschlossen wird[1]), das schlechthin gesprochene *liberatur Titius* nicht begreifen. Es wirkt auch gar nicht das *mandati agere* d. h. die Streitbefestigung als solche, sondern das *instituere*, also der Beginn des Verfahrens[2]) überhaupt in der Eigenschaft eines deutlichen Ausdrucksmittels für den allein entscheidenden Genehmigungswillen, der kraft Zivilrechtes zugleich die *cond. indebiti* des *dominus* und die Schuldklage des Gläubigers vernichtet. Der Fall des fr. 31 liegt ähnlich, doch nicht gleich. Die bloße Bestätigung der Zahlung durch die *mulier* macht den prätorisch nichtigen Akt nicht gültig.[3]) Der maßgebende Zeitpunkt der Konvaleszenz, von dem an das Gezahlte nicht mehr als *indebitum* erscheint[4]) und folgeweise eine *actio restitutoria* nicht mehr zu gewähren ist[5]), liegt erst darin, daß die Frau ihrerseits von dem Schuldner befriedigt wird.[6]) Die einstweilen klagende[7]) Frau hat deshalb den Schuldner vor den Nachteilen, die ihm infolge der schon durchgeführten[8]) oder noch durchzuführenden[9]) *actio restitutoria* drohen[10]), dadurch zu schützen,

1) S. u. S. 78ff. 2) Wlassak, ZSSt. 33, 126 N. 6; vgl. auch u. § 152.

3) Vgl. Gradenwitz, Ungültigkeit obl. Rechtsgesch. 181, 184.

4) D. 16, 1, 16 pr.

5) D. eod. 8, 10. Daß der Anfangssatz unecht ist (Gradenwitz 183 N. 1), tut nichts zur Sache.

6) Auch das nicht einmal will Gradenwitz 181 ff. zugestehen, der die *actio restitut.* überhaupt nur durch eine Handlung (Verzicht) des Gläubigers untergehen läßt. Aber D. eod. 8 § 9 ist nicht verwertbar, weil es eine *inanis obligatio* (insofern der Schuldner nicht an die Frau gezahlt hat) voraussetzt, und § 10 spricht klar: *relevatur reus, si mulier sic solvit, ut repetere non possit* (vgl. D. eod. 16 pr.).

7) Dies der Tatbestand, den Beseler II 113f. nicht berücksichtigt, wenn er nur mit der vom Gläubiger oder vom Schuldner an die Frau bewirkten Zahlung operiert und deshalb *et cavere* und *de indemnitate reo* streicht; vgl. dazu auch u. § 152. 8) Das ist ohne weiteres möglich: D. eod. 24, 2.

9) Denn auf die bloße Streitbefestigung über die *actio mandati* könnte eine *exc. doli* gegenüber der *actio restit.* nicht gegründet werden, da ja die *cond. indeb.* trotzdem (z. B. bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners) noch droht.

10) D. h. die Gefahr der doppelten Zahlung. Daß die *actio restit.* vor

daß sie ihm Schadloshaltung[1]) verspricht. Auf den für eine Konkurrenzentscheidung unentbehrlichen Umstand, ob die restitutorische Klage schon geltend gemacht ist, geht Paulus bezeichnend nicht ein. Mit den Mitteln des Konkurrenzrechtes wäre der Fall gar nicht zu lösen.[2])

Aus alledem ist zu entnehmen, daß ein Wahlrecht des Klägers im weitesten Sinne hier überall vorliegt, aber folgender Gegensatz besteht. In den letzten Fällen (S. 32 ff.) betrifft das Wahlrecht die materielle Frage, ob der Berechtigte die ihm zugefügte Rechts-(Vertrags-)verletzung hinnehmen d. h. gutheißen oder ob er auf sie mit den ihm durch allgemeine oder vertragliche Norm zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfen reagieren will; ob er das vorgenommene Rechtsgeschäft genehmigen (bestätigen) oder anfechten will. In allen anderen Stellen, namentlich im Falle der ädilizischen Klagen steht dagegen die letztere Alternative fest, und nur das noch kommt in Frage, welches von mehreren Rechtsbehelfen der Berechtigte sich bedienen will, um auf die Rechtsverletzung zu reagieren. Nur in diesen Fällen ist für eine Konkurrenz von Aktionen Raum. Doch mag bemerkt sein, daß — wie bei der Feinheit des Unterschiedes nicht verwunderlich — bisweilen[3]) schon eine leichte Umbiegung des Tatbestandes eine Überschreitung der Grenzlinie zur Folge hat.

II. Die Konkurrenzlehre hat es mit der Frage zu tun, ob von zwei Klagen die eine durch die andere beeinflußt wird. Alle Fälle, bei denen diese Frage auftaucht, sind also zu betrachten. „Nur die Fälle, bei denen die Frage zu bejahen ist" entgegnet die (ausdrücklich nur bei der Aktionenkonkurrenz im engeren Sinne ge-

---

Geltendmachung der *cond. indeb.* bloß auf eine vom Schuldner zu leistende *cautio creditorem defensu iri adversus mulierem* ginge (so Gradenwitz 181), ist nirgends belegt; es ist angesichts der wahrscheinlichen Formel (Lenel 279) kaum denkbar und mit D. eod. 24, 2 schwerlich zu vereinigen.

1) Korrekt: *de indemnitate.* — *Cavere defensu iri* wäre für den Tatbestand (s. ob. S. 35 N. 8) zu eng und wird doch von Beseler a. a. O. allein subintellegiert.

2) Insbesondere wäre kein Anhalt dafür zu gewinnen, warum hier mittelbare Konsumption (s. u. §§ 80. 145) eingriffe. Auch würde die Kautionserzwingung Sache des Geschworenen im *mandati iudicium* sein, während Paulus den Prätor im Auge zu haben scheint (*agere velit, audienda est*).

3) Ein Beispiel u. § 132.

äußerte) herrschende Meinung.[1]) Dieser Standpunkt, zu dem sie durch die von Heise[2]) inaugurierte und von Savigny sanktionierte Subsumierung der Konkurrenz unter die „Aufhebung des Klagrechts“ sowie durch die Vernachlässigung des Moments der *eadem causa* veranlaßt wurde, birgt einen schweren methodischen Fehler.[3]) Niemals ist eine Lehre statt nach der Frage nach der Antwort abgegrenzt worden, die begreiflicherweise sehr verschieden ausfällt und oft schon mit Rücksicht auf den Stand der Quellen zweifelsfrei gar nicht gegeben werden kann.[4]) Gerät das Problem selbst auf so unsicheren Boden, so ist es kein Wunder, wenn die angemessene Lösung in unsichtbare Ferne rückt. — Zum Glück sind die Dinge oft stärker als die Menschen, die sie in Schemata zwingen wollen, und so haben denn weder Savigny noch seine Nachfolger mit der Verwerfung und Hinausweisung der kumulativen Konkurrenz vollkommen Ernst gemacht. Um nur das Alpha und Omega der Laufbahn dieser Lehre herauszustellen: Bei Savigny läuft der ganze Kampf gegen die kumulative Konkurrenz schließlich fast auf einen bloßen Wortstreit hinaus. Statt sie positiv beim richtigen Namen zu nennen, spricht er von Fällen, in denen die Konkurrenz zu verneinen ist, weil nur scheinbar eine solche vorliege[5]). Bei dem Vorhaben, diesen „täuschenden Schein wegzuräumen“, widmet er aber der kumulativen Konkurrenz den längsten Paragraphen der ganzen Erörterung.[6]) Auch Eisele scheidet bewußt „die Fälle der sogenannten kumulativen Klagenkonkurrenz“ aus[7]) und scheint eine Diskussion überhaupt nur insoweit zulassen zu wollen, als sie die Einbeziehung der von ihm sog. „Solutionskonkurrenz“ betrifft.[8])

1) Dissentienten bei Peters, ZSSt. 32, 180 N. 1. 2, 181 N. 2.

2) Grundriß eines Systems des gemeinen Zivilrechts, 2. Aufl. (1816), 16. Dagegen steht die Personenkonkurrenz unter dem Ausdruck „Korrealobligationen“ erst im 3. Buch 2. Kap. unter der Rubrik „vom Subjekt der Obligationen“ (61 f.).

3) Zur Geschichte dieses Dogmas Peters 180 ff.

4) Einen Fingerzeig dafür, wie ein solcher Standpunkt überhaupt möglich wurde, gibt die Erwägung Merkels 4, daß es sich um „positiven Rechtssatz“ handele, „dessen Gegensatz sich von selbst versteht“. Das wäre aber nur dann richtig, wenn es für die Römer nur die beiden Pole: (zivile) Konsumption und (ungehemmte) Kumulation und nichts zwischen ihnen gegeben hätte.

5) V 213, 215, 232.

6) V 232—252. 7) 79, 329. 8) 79, 368.

Aber verzichten konnte er auf eine Behandlung kumulativer Fälle auch nicht völlig. Immerhin beschränkte er sich hier auf das Notwendigste; von einer Behandlung ex professo hielt er sich überall fern: seiner Folgerichtigkeit zum Ruhme, der Sache selbst aber zum zweifellosen Nachteil. Nur im Prinzip, nicht im Ergebnis weichen von Eisele die jüngst zu Worte gekommenen Forscher ab, die als konkurrierend alle, aber auch nur die Klagen betrachten, die dasselbe Ziel verfolgen.[1]) Demgegenüber ist es kein Zufall, daß Alibrandi[2]), der in den Faktoren seiner Fragestellung *quando ... si avrà concorso alternativo, quando cumulativo?* zwei in der Konkurrenzlehre gleich heimatberechtigte Größen erblickte, sich von dem Irrtum, der Eisele eine klassische „Solutionskonkurrenz" entdecken ließ, ferngehalten hat. Vielleicht hätte eine gründlichere Beachtung der Klagenkumulation Eisele positiv zur Auffindung der Erscheinung gedrängt, die uns eine der charakteristischsten des klassischen Konkurrenzrechts zu sein dünkt, einer Erscheinung, die von der Klagenkumulation ausgehend mit Hilfe magistratischer oder richterlicher Rechtsanwendung eine Brücke zur zivilen Konsumption schlägt.[3])

Die Bestätigung des hiermit aufgestellten Satzes, daß die Klagenkumulation in nichts weniger im Mittelpunkt der Konkurrenzlehre steht als die Klagenkonsumption und daß diese letztere ohne Berücksichtigung ihres Gegenstücks in Wesen und Tragweite gar nicht voll gewürdigt werden kann, wird ein mittelbares Ergebnis der folgenden Darstellung sein. Eines weiteren abstrakten Beweises bedarf es nicht. Aber es ist vielleicht doch nicht überflüssig zu zeigen, daß nur wer den Begriff der kumulativen Konkurrenz anerkennt, die Terminologie der Quellen für sich hat.

Die Überlieferung[4]) verwendet die Ausdrücke *concurrere* und *concursus*, wo sie überhaupt in übertragenem Sinne begegnen, so allgemein, daß die meisten Belege, weil sie mit der Konkurrenzlehre

1) So Dernburg I § 135; Perozzi II 80 f.; Girard 1013 N. 2 a. E.; Peters, ZSSt. 32, 184.

2) I 164. 3) Hierüber u. S. 121 und Abschnitt III.

4) Hierzu VIR. I 867 f.; ferner Merkel 2 ff.; Brinz, KritViertSchr. 20, 161 f.; R. Leonhard bei Pauly-Wissowa IV 839. Recht unbestimmt ist der Artikel Leists (ebenda *concursus actionum*) gehalten, anscheinend weil er sich von der herrschenden Lehre (s. ob. N. 1) nicht lossagen will.

nichts zu tun haben, ohne weiteres außer Betracht bleiben. Das gilt nicht nur von den Stellen, zu denen das Vokabular als synonym die Bedeutungen *parem esse*, *aequare* oder *consentire* aufweist, sondern namentlich von allen jenen, in denen es heißt, daß mehrere *facta* zu einem Tatbestand zusammenwirken (*concurrere*) müssen, um einen rechtlichen Erfolg hervorzubringen.[1]) Trotzdem kann, da Paulus ein Buch *de concurrentibus actionibus* geschrieben hat, kein Zweifel sein. daß das Wort dort, wo es innerhalb unseres Problems auftritt, technisch gebraucht ist. Halten wir die hier eingreifenden Belege zusammen, so ist das Bild ganz klar: nirgend wird das Erfordernis der Konsumption in den Konkurrenzbegriff hineingetragen; überall wird er in neutralem Sinne gebraucht[2]); ja, die Mehrzahl der die Verbindung mit *actio* aufweisenden Stellen enthält entweder Kumulationsfälle[3]) oder geradezu allgemeine Grundsätze über den Eintritt von Kumulation bei gewissen Voraussetzungen.[4]) Außerdem gibt es nur noch einen Quellenkreis, in dem *concurrere* es zu einer annähernd technischen Bedeutung gebracht hat. Julian und Celsus haben das Akkreszenzrecht darauf zurückgeführt, daß in solchen Fällen schon von vornherein jedem das Ganze gebühre und nur *concursu partes fiunt* (*c. p. habemus*).[5]) Von da aus ist dann diese Denkform auch sonst verwandt worden, wo von Ratenberechtigung[6]) oder Ratenhaftung[7]) die Rede ist. Das ist ein Sprachgebrauch, der, wenn er auch jeder Aktionenkonkurrenztheorie[8]) in gewissem Sinne widerspricht, so doch der herrschenden ganz diametral entgegensteht: hier bewirkt der *concursus* nicht nur kein Erlöschen

1) Z. B. Gai. 1 17: *in cuius persona tria haec concurrunt, ut . . ., is civis Romanus fit*; Ulp. D. 6, 2, 7, 16: *ut Publiciana competat, haec debent concurrere* und in unserem Zusammenhang Paul. D. 44, 2, 14 pr.: *quae nisi omnia concurrunt, alia res est.*

2) Vgl. z. B. Ulp. D. 50, 17, 43, 1.

3) D. 9, 2, 5, 1; D. 19, 1, 10.

4) Inst. 4, 9, 1 i. f. = D. 44, 7, 60 = D. 50, 17, 130 (hierzu s. u. § 121). Entsprechend D. 47, 1, 2 pr. (*delicta concurrentia*); s. aber u. S. 462 f.

5) Ulp. Vat. Fragm. 77, 78, 79; Julian: Ulp. D. 30, 34, 10; Celsus: D. 32, 80; vgl. noch Ulp. reg. 24, 12.

6) Ulp. D. 39, 2, 15, 18; Ulp. D. 20, 4, 7 pr., § 1.

7) Scaev. D. 33, 4, 10.

8) Auch der der Römer, die den obigen Satz auf dem Gebiete der Aktionenkonkurrenz nicht kennen: vgl. auch Merkel 5.

der konkurrierenden Rechte, sondern er hindert geradezu eine gegenseitige Beeinflussung von vornherein. Dementsprechend stellen die vier Fragmente, die eine Konkurrenz verneinen[1]), nicht etwa die Möglichkeit kumulativer Konkurrenz, sondern nur das Nebeneinanderbestehen mehrerer Rechte in Abrede.

Quellen und Methode fordern also übereinstimmend, daß unter Aktionenkonkurrenz nur der Zustand der Existenz mehrerer Aktionen verstanden werde. Daß die Lehre von der Konkurrenz aber die hier auftauchenden Fälle nur insoweit behandelt, als sich rechtliche Probleme bieten, ist oben bereits erörtert worden.[2])

III. Es ist oben[3]) dargelegt worden, daß die Konkurrenzlehre bloß zu prüfen hat, wie zwei Klagen miteinander konkurrieren. Dieses Gebiet aber hat sie grundsätzlich erschöpfend zu besprechen. Trotzdem will die vorliegende Arbeit sich aus Zweckmäßigkeitsgründen beschränken, indem sie ex professo nur zu untersuchen beabsichtigt, ob und inwieweit ein über die eine *actio* geführter Prozeß auf die andere einwirkt. Diese Beschränkung des Arbeitsgebiets ist keine willkürliche. Die *litis contestatio*, um die es sich dabei im wesentlichen handelt, ist kein aus der Fülle der wirkenden Faktoren beliebig herausgegriffener Tatbestand, sondern, wie oben[4]) bemerkt und unten[5]) noch näher darzutun, der ursprünglichste und für die römischen Klassiker nach wie vor bedeutungsvollste; hat seine Einwirkung doch überhaupt erst den Boden geschaffen, auf dem eine Gesamtwirkung anderer Tatsachen in Frage treten konnte. Ausschlaggebend ist jedoch, daß nur das Problem der prozessualen Geltendmachung das Konkurrenzverhältnis in seiner reinen Ausgestaltung zeigt. Schon die Erfüllung oder die Leistung überhaupt weist Eigentümlichkeiten auf, die die Beziehung der beiden Klagen zueinander in gewisser Richtung verdecken.[6])

1) Jul. D. 30, 84, 12; Jul. D. 43, 26, 19 pr.; Scaev. D. 33, 4, 10; Ulp. reg. 24, 12. Namentlich in der ersten Stelle darf die Ablehnung der Konkurrenz nicht etwa daraus hergeleitet werden, daß Titius und Maevius kumulative Rechte haben; der ausgesprochene Grund liegt vielmehr in dem Mangel eines *idem servus*, an dem die Konkurrenz bestehen könnte. Der Fall ist ersichtlich im Gegensatz zu den bei Gai. II 199 i. f. angeführten beiden Legatsformen besprochen.

2) S. 24 ff. 3) S. 17 ff. 4) S. 9. 11 f. 5) S. 186 ff. 6) S. 333 ff.

Auch bringt sie in bestimmten, genau abzugrenzenden Fällen[1]) Gesamtwirkungen hervor, die aus dem Problemkreis der *eadem res* heraus nicht verständlich und anderweit zu erklären sind. Endlich ist mit der Befriedigung das materielle Ziel des Gläubigers erreicht, so daß die römischen Eigentümlichkeiten, die in dem Mißverhältnis zwischen Konsumption und Fortbestand des Gläubigerinteresses liegen, hier nicht recht zur Geltung gelangen können. Die Wirkung oder Nichtwirkung aller übrigen Tatbestände vollends ist zum einen Teil eine unmittelbare Folgeerscheinung des Verhaltens von *litis contestatio* oder *solutio* und bietet insoweit Bemerkenswertes nicht. Zum anderen Teil ist sie von dem speziellen Charakter des einzelnen Tatbestandes abhängig; insoweit liegt sie daher außerhalb des Problemkreises, der von den die Konkurrenzlehre beherrschenden Grundsätzen geregelt wird und von ihnen aus gelöst werden kann.

§ 3. Terminologisches.

Bevor nunmehr in die eigentliche Darstellung eingetreten werden kann, bedarf es einiger terminologischer Klarstellungen, gegen die mehr oder weniger allgemein bis in die neueste Zeit gefehlt wird.

I. Höchst bedeutsam für das Verständnis des Konkurrenzrechts ist das bei einfacher Aktionenkonkurrenz und passiver Personenkonkurrenz[2]) vielfach begegnende Wort *eligere* und *electio.*[3]) Hier behauptet Eisele nach dem Vorgang Früherer, dem wir den unkorrekten Ausdruck „elektive Konkurrenz" zur Bezeichnung des Konsumptionsverhältnisses zu verdanken haben, eine fast durchgängig prägnante technische Verwendung von *electio* im Sinne von *litis contestatio*, so daß da, wo „von klassischen Juristen in unserer Materie das Wort *electio* gebraucht wird", „an die prozessuale Konsumption als das regelnde Prinzip gedacht ist".[4]) Noch weiter geht Binder, der nicht nur das allgemeine Prinzip mit dem Schlagwort „Elektion durch Konsumption" bezeichnet, sondern einen (in

1) Von ihnen handelt der IV. Abschnitt (vgl. u. S. 121 f.).

2) Die aktive Personenkonkurrenz hat einen entsprechenden Ausdruck in *occupare*: dazu u. S. 377.

3) Warum die Denkform des Wählens in der Konkurrenzlehre naheliegt, darüber ob. S. 29 f., 36.

4) 77, 399 f., 438 f., 453; 79, 338, 356. — Vgl. auch Wlassak, Prozeßges. II 37 f.

dieser Form nicht quellenmäßigen) Satz wie *si unus iudicio eligatur, ceteri non liberantur* für eine contradictio in adiecto erklärt.[1]) Aber schon Merkel hat richtig bemerkt, daß „der Ausdruck *electio* nicht völlig maßgebend ist“[2]), und der jetzt durch das Vokabularium[3]) ermöglichte Überblick über den größten Teil der klassischen Quellen mahnt zu besonderer Reserve.

Eligere (*electio*) ist seiner Grundbedeutung „wählen“ („Wahl“) im klassischen Recht stets treu geblieben. In der großen Mehrzahl der Belege, die sich mit der Wahlobligation und dem subjektiven und objektiven Wahlvermächtnis befaßt[4]), kommt es über diese Bedeutung gar nicht hinaus. So wird der richtige Sinn der beiden Wörter innerhalb des verhältnismäßig viel seltener berührten Gebiets des Prozeßrechts[5]) nach der positiven und der negativen Seite hin von vornherein nahegelegt. Positiv — und das führt den Begriff in seine Beziehung zum Konkurrenzrecht — umfaßt *eligere* ganz wie das deutsche „Wählen“ dreierlei: unter zwei zu wählenden Dingen kann der Wählende sich nur eines, aber ein beliebiges und das eine in vollem Umfange aussuchen. Dem entsprechen die Gegensätze der Kumulation[6]), der Subsidiarität[7]) und mangelnden Mehrheit[8]) und der anteilsmäßigen Berechtigung.[9]) Lediglich der Hervorhebung dieser Gegensätze gilt

---

1) So 330. 352 f.; s. ferner 355 f., 373. 376. 2) 125; s. ferner 72. 124. 131.

3) II 455 f. (*electio*), 457 ff. (*eligere*); zum letzteren Artikel: D. 16, 2, 5 ist unter *eligere quid* und nicht unter *el. quem* einzuordnen; bei *el. alterutrum* muß es heißen: „(288,$\overline{14}$)“ statt „(288,$_{14}$)“. 4) Hierzu vgl. Seckel *eligere*.

5) Die hierauf bezüglichen Verwendungen von *electio* und *eligere* sind, wenn ich nichts übersehen habe, in den folgenden Anmerkungen erschöpfend verwertet. — Die (unechte: s. Naber bei P. Krüger, Dig.) *electio petitionis* in D. 13, 4, 2, 3 gehört ebenso wie die sonstigen Verwendungen in diesem Fragment nicht hierher. Auch in D. 42, 6, 1, 10 und eod. 1. 15 hat *eligere* keine spezifische Beziehung auf den Prozeß; es ist dort wohl übrigens durchweg interpoliert: vgl. etwa Levy, Sponsio 91 f.

6) D. 29, 4, 11 i. f. (falls klassisch: a) Schlußsatz überflüssig; b) doppeltes *potero*; c) Stellung des *itaque*! vgl. dazu Beseler III 105 ff., wo die Stelle fehlt). C. 4, 8, 1 (s. u. S. 284. 482).

7) C. 5, 51, 6. 1 i. f. (Levy, ZSSt. 37, 63). 8) D. 15, 1, 50, 3.

9) D. 26, 7, 45 (Levy a. a. O. 47 N. 2); D. 19, 2, 47 (aber itp.: u. S. 217 f.); D. 17, 1, 58, 1 (falls nicht itp.: vgl. Beseler II 73); D. 26, 7, 38 pr. (Levy 70); D. 15, 1, 47, 3 (u. S. 261 ff.); D. 17, 1, 59, 3 (u. S. 197); D. 39, 6, 35, 6; C. 5, 52, 2 pr. (Levy 30 N. 6); C. 8, 40, 16; eod. 23 (u. S. 201 N. 8).

das Wort in einem Teil der Fragmente. Seine Bedeutung für den Prozeß erhält es bald durch einen Zusatz wie *iudicio eligere*, bald durch einen Nebensatz, in dem das *agere*, *convenire* usw. als Objekt der *electio* erscheint, bald durch den Zusammenhang. Denn wenn man unter mehreren Schuldnern einen auswählt, so kann das nur die Bedeutung haben, daß man sich an ihn halten, regelmäßig also[1]) — wenn eine solche Auswahl überhaupt nötig wird — ihn belangen will; und eine *actio* wählt man erst recht, um sie zu benutzen. So konnte in solchen Verbindungen *eligere* allmählich allerdings bisweilen im Sinne von „belangen" gebraucht werden. Aber es behielt seinen materiellrechtlichen Ursprung und Beigeschmack und hat sich deshalb zur technischen Bezeichnung eines bestimmten prozessualen Aktes nicht herausbilden können: neben den spätklassischen Fragmenten, in denen es die *litis contestatio* mitumfaßt[2]), stehen solche, die schon den *in ius* Vozierten als *electus*[3]) oder das *eligere* als eine das *litem contestari* vorbereitende Tätigkeit[4]) bezeichnen.[5]) Trotzdem hat auch innerhalb dieses engeren Rahmens jeder Gedanke an prozessuale Konsumption auszuscheiden, wo entweder nicht Aktionen, sondern materielle Rechtslagen[6]) oder *actio* und *exceptio*[7]) in der Alternative stehen, wo Zivil- und Kriminalverfahren[8]) einander gegenübergestellt werden, wo es sich nur um Kriminalprozesse handelt[9]) oder wo endlich als Objekt des Wählens gar nicht das *agere* = *litem contestari*, sondern etwa der Gegenstand

1) Aber nicht immer: so spricht Paul. D. 16, 1, 29 pr. trotz der Wendung *mulierem ream elegit* von keinem Prozeß (vgl. D. eod. 2, 1); s. auch ob. S. 42 N. 5 a. E.

2) Paul. sent. 2, 17, 16; Paul. D. 15, 1, 47, 3 (u. S. 261 f.); Modest. D. 46, 1, 39 (u. S. 237 N. 5); Paul. D. 44, 7, 34 pr. (itp.? s. u. § 115); C. 6, 2, 12, 1.

3) Jul. D. 9, 4, 39 pr.; Ulp. D. 46, 1, 10 pr.; vielleicht auch Pap. D. 47, 2, 81, 5 (s. u. § 135, auch S. 393).

4) D. 5, 2, 25, 1; C. 2, 54, 1 i. f.

5) Sehr treffend übersetzt Seckel-Heumann h. v. a β nicht „belangen", sondern „von mehreren verpflichteten Personen eine **auswählen**, um sich an sie zu halten, gegen sie sein Recht zu verfolgen, insbesondere mit ihr die *litis contestatio* vorzunehmen".

6) D. 18, 3, 4, 2 (s. ob. S. 34); C. 6, 2, 1 (s. ob. S. 32); C. 5, 51, 3 (ob. S. 32 N. 3); C. 4, 54, 4 (echt?).

7) D. 2, 14, 10, 1 (u. § 101); D. 21, 2, 17; vgl. auch D. 15, 1, 11, 8 (u. S. 259 f.). 8) D. 47, 19, 3; D. 47, 8, 2, 1 i. f.

9) D. 48, 5, 33, 1; eod. 20, 2.

der Kondemnation[1]) begegnet. Aber auch wo keines dieser Hindernisse entgegensteht und eine prozessuale *electio* ohne Zusatz vorkommt oder *eligere* ausdrücklich als Gegenstand der Wahl ein *agere*, *convenire*, *experiri* nennt, liegt in aller Regel die Absicht, mit der Erwähnung des *eligere* die prozessuale Konsumption zum Ausdruck zu bringen, vollkommen fern. Wie wir von einem Wahlberechtigten und nicht von einem Wahlbelasteten sprechen und in erster Linie die Vorteile und nicht die Nachteile des Wählens im Auge haben, so denken auch die römischen Juristen hier, wenn sie schreiben: *est electio actoris*[2]) oder *actor eligere potest*[3]), ja selbst *elegerit agere*[4])[5]), an das Wahlrecht und nicht an die Wahllast, als deren Ausdruck die Konsumption der nicht gewählten *actio* erscheint. Nichtsdestoweniger bleibt freilich der Satz „Wer die Wahl hat, hat die Qual" richtig, und so könnte man wenigstens mittelbar aus Ausdrücken der bezeichneten Art auf prozessuale Konsumption schließen wollen. Aber auch daran ist nur soviel zutreffend, daß der Wählende sich der nichtgewählten *actio* mit Erfolg nicht mehr bedienen kann. Ob der Verlust der *actio* jedoch auf dem Wege der Prozeßkonsumption im technischen Sinne oder auf einem der später zu betrachtenden anderen Wege eintritt, ist damit nicht gesagt.[6]) Mit anderen Worten: selbst in diesen Stellen vermag das *eligere* in prozeßtechnischer Beziehung, auf die es doch hier allein ankommt, nichts auszugeben. Die Prozeßkonsumption kennzeichnet es nur im Verein mit zwei anderen Faktoren, nämlich dann, wenn als Objekt das *agere* (= *litem contestari*) genannt und ferner das *eligere* nicht als Gegenstand des Könnens, sondern des Müssens (*debere*)[7]) ausdrücklich bezeichnet wird. Wer *eligere debet*, *qua actione experiatur*, der konsumiert die (nicht erhobene) Klage

1) D. 5, 3, 36, 2: hier wird ja erst durch Eingreifen des Judex eine Konsumption herbeigeführt: dazu u. § 80.

2) D. 9, 4, 24 (u. S. 325); D. eod. 26, 2 (u. S. 323 f.); D. 14, 1, 1, 17 (u. S. 336 f.); D. 26, 7, 33, 2 (Levy, ZSSt. 37, 30 N. 6).

3) D. 15, 1, 11, 8 (u. S. 259 f.); D. 17, 1, 59, 3; D. eod. 56 pr.; D. 39, 6, 35, 6; vgl. auch D. 46, 1, 71 pr. i. f. 4) D. 47, 2, 89 (u. § 116).

5) Ähnliche Wendungen z. B. in C. 8, 40, 3 pr.; eod. 5; eod. 16; eod. 19; eod. 20; eod. 21; eod. 23. 6) Vgl. u. S. 179 N. 1.

7) D. 9, 4, 26, 1 (u. S. 323); D. 14, 4, 5, 1 (u. S. 156); D. eod. 9, 1 (u. S. 154).

allerdings unfehlbar mit der *litis contestatio*: beides besagt geradezu dasselbe, und nur der Standpunkt des Sprechenden, der sich in die Zeit bald vor, bald nach erfolgter *litis contestatio* versetzt, ist verschieden. Diese Ausdrucksweise kommt aber nur vereinzelt vor und berechtigt auch abgesehen hiervon nicht dazu, von einer technischen Verwendung zu reden. Außerdem tritt *eligere* (*electio*) mit Beziehung auf die Prozeßkonsumption nur noch in der Verbindung auf, daß es gemäß dem oben[1]) erwähnten Sprachgebrauch in der Bedeutung von „belangen" erscheint und an diesen Tatbestand die Konsumption oder Nichtkonsumption ausdrücklich angeknüpft wird. Auch diese Verwendungen sind aber selten und spät- oder nachklassisch; sie werden bisweilen erst durch den besonderen Zusammenhang ermöglicht[2]) und sind nicht immer frei von Interpolationsverdacht.[1]) Die Ernte ist also im Sinne der herrschenden Meinung äußerst gering und auch hier allerhand Vorbehalten ausgesetzt. Dazu kommt als allein schon entscheidendes Moment, daß eine Auslegung im Sinne der Prozeßkonsumption mit einer großen Anzahl von echten Fragmenten überhaupt nicht vereinbar ist[3]) und nur dort nahegelegt wird, wo es sich um anerkanntermaßen interpolierte Stellen handelt.[4]) Vergegenwärtigt man sich diesen durch einige besonders prominente Konstitutionen gestützten Sprachgebrauch Justinians[5]), so versteht man das Aufkommen der gemeinrechtlichen Terminologie, die sich nur versehentlich in die neueren Schriften hinüberzuretten vermocht hat.

In demselben Sinne wie *electio est alicuius* wird übrigens *in*

1) S. ob. S. 43 N. 2.

2) D. 9, 4, 26 pr. i. V. m. D. eod. 24 (u. S. 324 ff.). — D. 46, 1, 52, 3 (itp.), wo erst *iudicio eligere* den Sinn von *l. c.* hervorruft: u. S. 202 f.

3) Teils aus formellen Gründen: z. B. D. 14, 1, 1, 17 i. V. m. D. eod. 1, 24 (u. S. 336 f.); D. 9, 4, 24 i. V. m. D. eod. 26 pr. (u. S. 324 ff.); teils aus sachlichen Gründen, weil Prozeßkonsumption gar nicht eingreift: s. die oben S. 43 N. 4. 6—9, S. 44 N. 1 angeführten Fragmente sowie etwa D. 17, 1, 56 pr., D. 29, 4, 11 (falls echt: s. ob. S. 42 N. 6, u. § 170), D. 46, 1, 71 pr. i. f., D. 47, 2, 81, 5 (u. S. 393), D. eod. 89 (insoweit echt: u. § 116).

4) D. 6, 1, 14; D. 16, 3, 1, 43; D. 27, 6, 7, 4; D. 31, 76, 8 (s. dazu ob. S. 28 N. 9); D. 9, 4, 4, 2; C. 8, 40, 23 i. f. — Belege bei den einzelnen Stellen, z. B. S. 160 ff., 201, 208 ff.

5) Vgl. C. 6, 2, 22, 1 d. e (= Inst. 4, 1, 16); C. eod. 22, 4c; C. 8, 40, 28, 1. 2.

potestate est alicuius gebraucht.[1]) Auch diese Wendung betont das Recht und nicht die Last der *potestas* und begegnet gleichfalls in Fällen, die der Prozeßkonsumption nicht zugänglich sind.[2])

II. Nur mit Vorsicht ist auch der Ausdruck *in solidum* zu verwerten. Mit der Solidarität des gemeinen Rechts oder der Gesamtschuld des heutigen hat er nichts zu tun.[3]) Er bezeichnet aber auch nicht lediglich den Ausschluß der Teilung.[4]) Grundsätzlich trägt er überhaupt kein konkurrenzrechtliches Gepräge, sondern entspricht durchaus dem deutschen *auf das Ganze.*[5]) Und wie dieses seinem Sinne nach im Einzelfalle erst durch den Gegensatz bestimmbar wird, so auch *in solidum. In solidum* kann eine *actio* gehen, weil sie nicht bloß die Bereicherung[6]) oder das *peculium*[7]) ergreift. Sind auf einer Seite mehrere Personen beteiligt, so können sie als *in solidum* berechtigt oder verpflichtet (verhaftet) bezeichnet werden, wenn es darauf ankommt, den Gedanken an irgendwie geartete Teilungen abzuwehren. In diesem — sehr häufigen — Falle wird nur ausgesagt, daß jeder der mehreren eine Verurteilung auf das Ganze erzielen kann (über sich ergehen lassen muß) und so zu den übrigen in eine Konkurrenz tritt.[8]) Deren Lösung bleibt dann ganz außer Betracht, und so finden sich hier Tatbestände zusammen, die konkurrenzrechtlich der denkbar verschiedensten Beurteilung unterliegen.[9]) — Auf der anderen Seite begegnen aber Stellen, in denen das Klagerecht (die Belangbarkeit) auf das Ganze schon vorausgesetzt oder anderweit ausdrücklich ausgesprochen ist. Dann

---

1) D. 13, 4, 2, 3 verwendet *potestas* promiscue mit *electio* und *arbitrium.*

2) So D. 25, 2, 24 (Levy, Privatstr. 119 N. 5); D. 30, 108, 2 (falls echt: s. Wlassak, ZSSt. 31, 226); D. 47, 5, 1, 3 (u. § 142). Andererseits D. 14, 5, 7 (s. u. S. 270 N. 5).

3) Gegenüber Binder 3 f. vgl. etwa schon Windscheid II § 292 N. 3. S. auch ob. S. 10. 4) Wie Eisele 77, 417. 419 will.

5) Levy, ZSSt. 37, 29 N. 6; s. auch Seckel h. v.

6) Ulp. D. 16, 3, 7, 1; 29, 4, 12, 1 (u. S. 94 N. 1).

7) Gai. IV 70 f.; Ulp. D. 15, 1, 1 pr.; eod. 36; Paul. D. eod. 44. — Wegen Jul. D. 15, 1, 11, 9 s. u. S. 247. 8) Vgl. u. S. 178.

9) *Eadem res* liegt vor z. B. in D. 9, 1, 1, 14 (S. 313 N. 1); 9, 3, 1, 10; eod. 3 (S. 330); 11, 3, 14, 2 (S. 312 N. 2); 13, 6, 5, 15 (S. 213 ff.); 17, 1, 59, 3 (S. 197); 45, 2, 3, 1 (S. 183 ff.); Kumulation in D. 43, 24, 15, 2 (S. 303 N. 3); 47, 2, 21, 9 (S. 482); 47, 4, 1, 19 (S. 483 N. 3); prätorische Konsumption in D. 11, 6, 3 pr. (§ 125).

kann ein neuerliches *in solidum* sich nur auf die weitere die Lösung der Konkurrenz betreffende Frage beziehen, die es im Sinne der kumulativen Berechtigung oder Verpflichtung (Haftung) entscheidet.[1] Je nachdem *in solidum* im ersteren oder im letzteren Sinne steht[2], ist sein Verhältnis zum Terminus *eligere* ein verschiedenes. Auf das Ob der Konkurrenz bezüglich, verneint es wie dieser den Zwang zur Teilung: beide Worte sind dann gleichbedeutend und werden vereinzelt fast pleonastisch (*in solidum eligere*) verwendet.[3] Auf das Wie der Konkurrenz bezüglich, bezeichnet *in solidum* hingegen den Gegensatz des *eligere*: die Kumulation.[4]

III. Zurückhaltung geboten ist endlich gegenüber gewissen Partikeln, die die Verbindung zwischen mehreren aufgezählten Aktionen oder Personen herstellen. Eine Unzahl von Fragmenten führt, nachdem von der Klage a die Rede war, die Anwendbarkeit der Klage b mit den Worten *etiam*, *sed et*, *praeterea* ein oder verknüpft die beiden Klagen von vornherein durch *et– et*, *tam—quam*, *non solum— sed etiam* usw. Innerhalb einer anderen Gruppe lauten die Verbindungswendungen *vel—vel*, *aut—aut*, *sive—sive*. Aus diesen Unterschieden darf nun aber keineswegs, wie es geschehen ist[5], gefolgert werden, daß zwischen den Klagen der letzten Gruppe Prozeßkonsumption, zwischen denen der ersten Gruppe (ungehemmte) Kumulation herrsche. Die Tatsachen, daß dieselben Klagen bald durch diese, bald durch jene Partikel verbunden sind[6]; daß dieselben Partikel oft eine Mehrzahl von Klagen verknüpfen, unter

---

1) So z. B. D. 26, 7, 55, 1 (§ 128); 47, 7, 6 pr. (S. 488 N. 5); C. 4, 8, 1 (S. 284 N. 3); s. auch Gai. II 205, 215, in welch letzterer Stelle der Gegensatz zum bloßen *occupare* (u. S. 377) besonders sprechend ist.

2) Was übrigens nicht immer einwandfrei festzustellen ist.

3) D. 17, 1, 59, 3 (S. 197); vgl. auch D. 19, 2, 47 (falls in diesen Wendungen als klassisch verwertbar: u. S. 217 f.) und für spätere Zeit (a. 284) C. 5, 52, 2 pr. i. V. m. § 3 (Levy, ZSSt. 37, 30).

4) C. 4, 8, 1 (S. 284 N. 3), eventuell auch D. 29, 4, 11: dazu ob. S. 42 N. 6; vgl. ferner ob. N. 1 a. E.

5) Alibrandi I 175f. und Karlowa II 987 erblicken in *vel-vel* ein Kennzeichen für prozessuale Konsumption. Dies widerlegen etwa D. 8, 2, 35; D. 9, 2, 7, 8; D. 19, 1, 5 pr.; D. 19, 2, 30, 2.

6) Für die *actiones comm. divid.* und *pro socio* vgl. einerseits D. 17, 2, 38, 1 (*vel—vel*), andererseits D. 11, 3, 9 pr. (*et—et*).

denen die Klagen a und b ganz anders als die Klagen b und c sich zueinander verhalten[1]); daß endlich überhaupt dieselben Konkurrenzverhältnisse bald in dieser, bald in jener Gruppe erscheinen[2]), liefern den kaum erforderlichen Beweis. Dieses Ergebnis kann nicht überraschen, wenn man bedenkt, daß in all diesen Fragmenten es den Juristen nur darum zu tun ist, die Zuständigkeit gewisser Aktionen bei gewissen Tatbeständen darzutun. So ergiebig diese Fragmente also für das Ob einer Konkurrenz sind, so wenig sind sie es für das uns allein beschäftigende[3]) Wie.

Nur in einer Beziehung läßt sich das negative Resultat einschränken. Die Partikel *vel* und *aut* bringen ganz ähnlich wie *eligere* ein Wahlrecht zum Ausdruck; wie dieses[4]) sind sie daher mit ungehemmter Kumulation und anteilsmäßiger Berechtigung nicht verträglich. Man wird deshalb vermuten dürfen, daß, wo diese Wörter in entsprechendem Zusammenhange auftauchen, sowohl Konkurrenz als auch eine irgendwie geartete Konsumption eintritt.[5]) Aber über unsere Hauptfrage, in welcher Weise die Konsumption prozessual vermittelt wird, geben sie nichts aus.[6])

Grundzüge der Prozeßkonsumption.

§ 4. A. Das Wesen der Prozeßkonsumption.

Die Entdeckung, daß das Prinzip der prozessualen Konsumption auch die Konkurrenz der Aktionen im weiteren Sinne beherrscht[7]), hat zum ersten Male die Erforschung des klassischen Konkurrenzrechtes in die richtige Bahn gelenkt. Damit dieses Recht, das im

1) S. etwa D. 6, 1, 4; D. 11, 3, 9 pr.; D. 47, 2, 27, 3 i. V. m. eod. 29; D. 47, 7, 8, 2, letzteres fr. allerdings vielleicht unecht (Beseler III 111) wie solche Aufzählungen überhaupt oft: zu D. 4, 4, 11 pr. vgl. Beseler I 41, zu D. 13, 1, 7, 1 u. S. 418 N. 6, zu D. 47, 8, 2, 26 u. S. 433 f.

2) Z. B. ist judiziale Konsumption (s. u. S. 121) teils festzustellen, teils zu vermuten zwischen den in folgenden Stellen konkurrierenden Klagen: D. 9, 2, 7, 8 (*vel—vel*); D. eod. 27, 34 (*etiam*); D. 19, 2, 13 pr. (*sed et . . .*); D. 26, 7, 9, 1 (*non solum—sed etiam*); D. 43, 24, 15, 2 i. f. (*praeterea*); Coll. 10, 8, 1 (*tam—quam*).

3) S. oben S. 17 ff. 4) S. 42.

5) Insoweit zutreffend Betti, Opposizione dell'exceptio all'actio 27 N. 1.

6) Vgl. u. S. 179 N. 1. 7) S. ob. S. 9.

besonderen Maße geeignet ist, die im klassischen Prozeßverfahren wirkenden inneren Kräfte in ihrer Betätigung zu zeigen, in seinen Einzelheiten erkannt werde, ist eine allgemeine Würdigung der die Grundregel der Prozeßkonsumption bildenden Begriffe notwendig; vor allem eine Untersuchung des ihre Voraussetzung darstellenden Begriffs der *eadem res* (unten §§ 5—9). Aber auch das, was unter Prozeßkonsumption zu verstehen ist, bedarf zuvor (§ 4) einer möglichst kurzen Beleuchtung.

1. Ziemlich allgemein geht man davon aus, daß die Römer ihrer ganzen Konsumptionslehre den Satz: *bis de eadem re ne sit actio* bewußt zugrunde gelegt haben.[1]) Demgegenüber muß ein Doppeltes befremden. Die uns von Quinctilian[2]) gut beglaubigte Regel findet sich in der juristischen Überlieferung unmittelbar nirgends[3]): weder in den zahlreichen Erörterungen über die *eadem res* im Titel 44, 2[4]) noch selbst in der ausführlichen Besprechung des Gaius in IV 106 bis 108[5]). Insbesondere verlautet

1) Daß der Ausspruch des Gaius D. 50, 17, 57: *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur* nicht hierher gehört, steht heute fest: vgl. Alibrandi I 170, Eisele 79. 334, Peters, ZSSt. 32, 288.

2) Inst. or. 7, 6, 4; decl. 266.

3) Vgl. die Belege, die von den zuletzt bei Peters 288 N. 1 zusammengestellten Autoren angeführt werden. Unter ihnen befindet sich jedoch ein Satz nicht, der keinesfalls ganz übergangen werden darf. Die *lex Acilia repetundarum* von 123 oder 122 v. Chr. (Bruns-Gradenwitz I 55 ff.) bestimmt in lin. 56 (nach Mommsens Rekonstruktion): [*De eadem re ne bis agatur. Quei ex h. l. condemnatus*] *aut apsolutus erit, quom eo*⟨*h.*⟩ *l., nisei* ... (es folgen vier Ausnahmen), *actio nei es*[*to*]. Die Ergänzungen sind der Sache nach gewiß zutreffend. Aber eine unmittelbare Verwendung des strafrechtlichen Gesetzes für den Zivilprozeß verbietet sich um so mehr, als in Ermangelung einer Streitbefestigung als Konsumptionsfaktor das Urteil erscheint. Entnehmen läßt sich mit einiger Wahrscheinlichkeit nur die ja auch sonst nicht bestrittene Tatsache, daß zur Zeit der *lex* die zivile Konsumptionsregel schon in Geltung stand. Zu weitgehende Schlüsse zieht Schloßmann, Litis contestatio 156 N. 1; im übrigen zu dem Gesetzessatz Zumpt, Röm. Kriminalrecht II 1, 158 f., Mommsen, Strafrecht 450 N. 3, 882 N. 5 und vor allem jetzt Wlassak, Anklage und Streitbefestigung 31 ff.

4) Daß hieran die Kompilatoren schuld seien, ist nicht ohne weiteres anzunehmen. Denn einen Sinn hätten auch sie von ihrem abweichenden Standpunkt aus mit der Regel verbunden, ebenso wie sie an unzähligen Stellen sonst das *agere* stehengelassen haben: s. u. S. 164.

5) Ebensowenig in Gai. Aug. 106—114.

an dem einzigen Orte, an dem Gaius[1]) einen Grund für die Konsumption anführt, nichts von ihr. — Und weiter: behält man die Regel in der oben wiedergegebenen oder in der von Quinctilian anderwärts mit den Worten *bis de eadem re agere ne* (*non*) *liceat* (*licet*) formulierten Fassung im Auge, so möchte man glauben, sie habe, ohne (materielles) Zivilrecht zu begründen, eine bloße Weisung an den Magistrat[2]) enthalten, die in ihrer späteren Entwickelung nicht zu einem *ipso iure agi non potest*, sondern zu einer *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*[3]) geführt hätte. Das aber will zu dem Bericht des Gaius (III 180), daß nach einem schon von den *veteres* bearbeiteten Satze *tollitur obligatio litis contestatione*, gewiß nicht stimmen. Der scheinbare Widerspruch wird zu einem wirklichen, wenn man mit der herrschenden Meinung diesen Satz „lediglich auf die *actio in personam in ius concepta* bezieht", dagegen „die allgemeiner lautende Regel *ne bis* . . . auch den Fall der *actio in rem* einschließen" läßt.[4])

Den Ausweg zeigt m. E. die von Gradenwitz[5]) tief begründete Vermutung, daß von den beiden unstreitig dem Legisaktionenverfahren angehörigen[6]) Sätzen der erstere (*tollitur obligatio litis contestatione*) allerdings nur auf die Prozesse um *dare oportere*, der letztere aber nicht allgemein, sondern nur im Sakra-

1) III 181.

2) Oder, wenn man will, an die Parteien. Entscheidend ist jedenfalls erst, daß der Magistrat sie beachtet. Vergleichbar ist sie der heute sog. Ordnungsvorschrift, deren Wirkung gleichfalls ein Nichtsollen, kein Nichtkönnen ist. Vgl. hierzu Pernice, ZSSt. 5, 50 f.; 19, 144 ff.; Gradenwitz, Festg. f. Bekker, Sonderabdruck 13 f.; Wlassak, Ursprung d. röm. Einrede 37 f.

3) Diese Wendung darf mit Gai. III 181, IV 106, 107 gebraucht werden, wie man sich auch zu der u. S. 56 N. 6 berührten Streitfrage stellt.

4) So Wlassak, Einrede 37 N. 80, dem das Sprichwort der *veteres* in Gai. III 180 „nichts weiter als ein anderer Ausdruck" ist, „den man jener Regel (*bis de eadem re* . . .) gegeben hatte". Daß Gaius die Quinctilianische Regel mehrmals und namentlich in III 181 erwähnt, ist aber nicht zutreffend. Wlassaks Lehre kommt denn auch gegenüber Gai. III 180 ins Gedränge (a. a. O. N. 80 a. E.). Wegen Gai. IV 108 s. u. S. 52 N. 5.

5) Festschr. f. Bekker (1907), SA. 10 ff.: *una geniale memoria* (Bertolini, Il processo civile I [1913] 306 N. 3).

6) Erman, ZSSt. 19, 314; Gradenwitz 6. 13 ff.; Wlassak 38 N. 80; Rabel, ZSSt. 32, 418; anders noch Wlassak, Prozeßges. I 99 N. 31; Litiskontest. 56 N. 1.

mentsprozeß *in rem* Geltung gehabt habe.[1]) Man braucht nur an den Mangel eines dinglichen Anspruchs[2]) zu denken und von dieser Grundlage aus die Deduktionen des Gaius in III 180/181 auf dingliche Klagen anwenden zu wollen, um einzusehen, daß zivile persönliche und dingliche Klagen in der Frage der Konsumption getrennte Wege nicht nur gegangen sein können, sondern gegangen sein müssen. Daß die Prozeßkonsumption[3]) auf beiden Gebieten durch eine und dieselbe Regel geordnet worden wäre, ist genau so unwahrscheinlich, wie es heute widersinnig wäre, den Einwand der Zahlung und die Einrede der Rechtshängigkeit im modernen Prozeß auf gleicher Stufe zu behandeln. Der innere Zusammenhang beider Konsumptionen ist locker und fragwürdig genug. Die zivile *obligatio* wird durch die *litis contestatio* vernichtet. Der Judex des zweiten Prozesses findet sie nicht mehr vor: er muß aus dem materiellen Grunde des Schulduntergunges absolvieren[4]). Irgendein publizistischer oder auch nur prozessualer Gesichtspunkt spielt hier überhaupt nicht hinein. Das dingliche Recht dagegen wird durch die *litis contestatio* nicht berührt. So sehr es gegen alle Welt verfochten werden kann, so sehr ist es seinem Wesen nach fähig, gegen denselben Gegner immer wieder erstritten zu werden. Will dies das Recht nicht dulden, so können hier nur äußere Gründe wie das staatliche Interesse an ungestörter Sicherheit der dinglichen Rechtslage oder das Erfordernis der Prozeßökonomie[5]) bestimmend eingreifen: ihnen fällt die Aufgabe zu, einer Prozeßlage, in der das dingliche Recht seine un-

---

1) Anders freilich noch Mitteis, RPR. I 92 N. 62, nach welchem „der Satz *bis de eadem re* . . . im zivilen Prozeßrecht auf die dingliche Klage nicht erstreckt wird". Ähnlich schon Schloßmann, Litis contestatio 155 ff.

2) In der Herausarbeitung dieses m. E. sicheren Ergebnisses liegt ein hervorragendes Verdienst Wlassaks: Pauly-Wissowa I 314 f., ZSSt. 25, 154 N. 2, 160; Urspr. d. r. Einr. 10. 38; ZSSt. 33, 88. — Vgl. aber auch u. S. 68 f.

3) Eine solche liegt überall vor (s. u. S. 60 ff.).

4) Vgl. das *unde fit* in Gai. III 181 init., mit dem die Prozeßkonsumption unzweideutig auf den Untergang der *obligatio* zurückgeführt wird. — Man beachte auch den Zusammenhang: von III 168 ab werden Schuldaufhebungsgründe besprochen; Näheres u. S. 55 N. 5 a. E.

5) Ob hier auch der Schutz des Geschworenen „gegen die ‚willkürliche Abforderung der rechtshängigen Sache" seitens des Magistrats in Frage kam? so Pernice (s. oben S. 50 N. 2).

beschränkte prozessuale Toleranz bewähren könnte, durch besondere Maßnahmen vorzubeugen.

So tritt neben jene von innen herauswachsende Konsumption der zivilen *obligatio* die den Prozeß von außen hemmende Konsumption des dinglichen Klagrechts.[1]) Dem entsprechen die Folgen. Dort wird *litis contestatione* die *obligatio* getilgt, aber nicht das *agere* = *litem contestari* gehindert[2]): dieses erzeugt, wie gewöhnlich, ein *iudicium*, aber kein *condemnari oportere*; so ist Absolution die Wirkung. Hier figuriert die materielle Rechtslage nur in der Voraussetzung; liegt diese vor, so *ne sit actio* = *litis contestatio*[3]), d. h. der Magistrat soll die (mit nochmaliger Kondemnation drohende)[4]) Streitbefestigung vereiteln, also die *actio de eadem re* denegieren.[5]) Die genaue Übersetzung der Worte

1) Über diesen Begriff s. u. S. 63 N. 5; vgl. bereits Keller, Litiskontestation u. Urteil 241.

2) S. u. S. 58 f.; vernichtet wird die *actio* nur im Sinne von „Klagrecht": s. u. S. 63 N. 5.

3) S. auch Wlassak bei Pauly-Wissowa I 304, Urspr. d. röm. Einr. 8, Anklage und Streitbefestigung 32.

4) Vortrefflich Gradenwitz 13: die Regel „leugnete nicht, daß ein zweites Mal verhandelt werden könne, sie verbot nur die zweite Verhandlung". Mißverstanden von Berger, Grünhuts Zeitschr. 36, 216 N. 11, der Gradenwitz auch mit Unrecht vorwirft, die Worte Quinctilians zu sehr gepreßt zu haben. Soweit die von Quinctilian (ob. S. 49 N. 2) überlieferten Varianten des Spruches sachlich Identisches bieten, stehen wir auf festem Boden. Letzteres zugleich gegen Bertolini, Il processo civile I 311 N. 1.

5) Das stimmt freilich nicht zu dem Berichte des Gaius in IV 108, daß zur Legisaktionenzeit *qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat.* Aber was es mit diesem *ipso iure* auf sich hatte, ist in den hier im wesentlichen übereinstimmenden Äußerungen von Gradenwitz 10 ff., 16 und Wlassak, Urspr. d. r. Einr. 8 ff., namentl. 9 und 38 N. 80 a. E., 46 f. dargelegt, welche beide den Gedanken an eine Absolution kraft *officium iudicis* zurückweisen und auf ein *denegare actionem* hinauskommen (über dieselbe Ansicht Kellers, Bekkers u. Eiseles vgl. Rabel, ZSSt. 32, 416, der selbst unschlüssig bleibt). — Nur ein Zusatz sei gestattet: Hält man sich mit Rabel 422 und Beseler, Berl. Phil. Wochenschr. 1911, 1103 trotz aller sachlichen Anerkennung der Wlassakschen Thesen von seiner terminologischen Annahme, daß die *denegatio* im Legisaktionenverfahren mit *exceptio* bezeichnet worden sei, fern, so muß man — ganz abgesehen von dem durch Wlassak (Urspr. d. röm. Einr. 8, ZSSt. 33, 143 N. 1 a. E.) geleugneten Zusammenhang mit den §§ 106 und 107 — im § 108 selbst den Gegensatz zu *ipso iure* in dem Ge-

ne sit actio beweist für sich allein schon ihre Unvereinbarkeit mit einer Ipsojurekonsumption[1]) und damit ihre Unanwendbarkeit auf die *legis actio in personam.*

2. Hält man mit diesem Ergebnis das Resultat zusammen, das Wlassaks schöne Ausführungen über die Entwickelung der *exceptio* jüngst erbracht haben[2]), so braucht man nur noch die Summe zu ziehen, um die für das legitime Schriftformelverfahren maßgebenden Konsumptionsregeln zu erhalten. Hinsichtlich der persönlichen Klage behielt es bei dem von Gaius als geltendes Recht vorgetragenen Satze *tollitur obligatio litis contestatione* sein Bewenden.[3])

---

brauch der *exceptio* finden. Gemeinsam (vgl. Gradenwitz 11) konnte im Legisaktionenverfahren den persönlichen und den dinglichen Klagen nur die Negative sein, daß ohne *exceptio* — im klassischen Sinn, den Gaius bei seinen Lesern allein voraussetzen konnte — agiert wurde. Kam es Gaius auf eine alle Klagen berücksichtigende und doch kurze historische Bemerkung an, so ist deshalb seine Ausdrucksweise allenfalls verständlich, wenn man ihm weiter zugute hält, daß ihm nach dem Vorangegangenen (s. u. S. 58 f.) der Gebrauch von *agere* in dem doppelten Sinn von *litem contestari* (bei *actiones in rem*) und „erfolgreich klagen" (bei *actiones in personam*) gestattet war. — Faßt man dagegen mit Wlassak *ipso iure* mit „nach Volksrecht" und subintellegiert man, daß mutatis mutandis die *actiones in rem* auch damals schon mit einer *exceptio* behandelt wurden, so sind folgende Bedenken nicht zu unterdrücken: 1. Gaius, der jedenfalls mit seinen vorangehenden Sätzen rechnen mußte, hätte in ganz unverantwortlicher Weise das, was er sagen wollte, verborgen und allen, die bisher unbefangen an den Text herantraten und die Worte *ita ut nunc* nicht preßten, etwas vorgetäuscht. 2. Von Wlassaks Standpunkt aus sind die Worte *alia causa fuit olim legis actionum* einfach unrichtig; denn geändert hätte sich nach ihm nur der Begriff dessen, was man unter *exceptio* verstand. 3. Die Übersetzung „nach Volksrecht" fordert den Gegensatz „nach Amtsrecht" (so auch Wlassak, Urspr. d. röm. Einr. 8 N. 12). Dieser Gegensatz fiele aber ins Leere; denn die *exc. rei j. v. i. j. d.* des klassischen Legalprozesses ist selbst nicht amts-, sondern volksrechtlich: Wlassak, Prozeßges. II 356 und u. S. 73 f.; es würde deshalb an einem Zusammenhang zwischen den Sätzen *nam qua de re* . . . und *nec omnino ita* . . . fehlen.

1) Unbewiesen daher der Satz Pernices, ZSSt. 19, 145: „So ist aus dem öffentlich-rechtlichen Verbote eine zivilistische Unmöglichkeit geworden: aus dem Nichtdürfen ein Nichtkönnen."

2) Wlassak, Urspr. d. röm. Einrede; ferner ZSSt. 33, 81 ff., namentl. 136, 154. — Für erwiesen halte ich den Entwickelungsgang: *denegatio—praescriptio—exceptio.* Wenn im folgenden das Zwischenglied nicht mehr erwähnt wird, so beruht das auf dem Mangel an Belegen für unsere Lehre.

3) Daran kann nichts ändern, daß allmählich die Idee einer nach der

Nach dem eben Ausgeführten ist deshalb hier das *ipso iure agi non potest* die nach wie vor selbstverständliche Folge. Bei den dinglichen Klagen leiteten das allgemeine Streben, die Verhandlung *in iure* zu entlasten, und das besondere Bedürfnis, dem Geschworenen die ihm bei den persönlichen Klagen längst anvertraute Prüfung der *eadem res* auch hier zu überweisen, zur Verwendung der *exc. rei j. v. i. j. d.* neben und an Stelle der Denegation.[1]) Wie die Konsumptionsregel, so knüpfte auch die *exceptio* an rein prozessuale Vorgänge an; sie enthielt sich bezeichnenderweise eines Hinweises auf die ja doch gar nicht berührte materielle Rechtslage. Es ist nicht zu weit gegangen, wenn man geradezu behauptet, daß die *exc. rei j. v. i. j. d.* zu dem Satze *bis de eadem re ne sit actio* in demselben Verhältnis steht wie die *exc. senatusconsulti Vellaeani* zu dessen Worten *ne eo nomine ab his petitio ⟨sit⟩ neve in eas actio detur*[2]) und die *exc. senatusconsulti Macedoniani* zu dessen *ne cui ... actio petitioque daretur.*[3])[4]) Ob man dabei jenen Satz als geltendes Recht in das Formularverfahren hinübernahm oder nur noch das in ihm ausgedrückte Prinzip fortwirken ließ, ist nicht sicher erkennbar[5]), aber auch von untergeordneter Bedeutung. Ebensowenig

---

l. c. übrig bleibenden Naturalobligation aufkam. Wie wenig man mit ihr Ernst machte, wo sie sich nicht aus besonderen Gründen empfahl, beweist statt aller Ulp. D. 46, 1, 5 i. f., wo selbst Julian, ihr eifrigster Förderer, ihrer ungeachtet unbedenklich Konsumption der *obligatio* annimmt (s. dazu u. S. 64; daß Ulpian hier entweder Julian zitiert oder doch ihn ausschreibt, macht der Zusammenhang unzweifelhaft). — Näheres zur Naturalobligation s. u. S. 360 ff.; vgl. auch Gradenwitz 7 N. 2, Wlassak, ZSSt. 33, 90 N. 1.

1) Das ist wohl der Grund, warum man den, wie Gradenwitz 21 mit Recht bemerkt, an sich denkbaren Weg, die Frage der *eadem res* in das *arbitrium* des Judex zu verweisen, nicht eingeschlagen hat.

2) D. 16, 1, 2, 1; dazu etwa Wlassak, Theorie der Rechtsqu. 172; Bekker, ZSSt. 27, 9 f.

3) D. 14, 6, 1 pr.

4) Zu diesen Exzeptionen Wlassak, Urspr. d. Einr. 45, ZSSt. 33, 151; s. auch Lenel 20 N. 1, 145, 492; Bekker, ZSSt. 15, 185; 24, 346; 27, 10; Seckel, *senatus* 533 Sp. 2.

5) Das erstere wird meistens vermutet (z. B. Bekker, Proz. Kons. 274 und neuerdings etwa Last, Anspruchskonkurrenz 140), das letztere liegt jedoch näher, wenn man einerseits an das Verschwinden der Regel aus den klassischen Schriften und andererseits daran denkt, daß der in ihr ausgedrückte Gedanke ohne Beschränkung auf die dinglichen Klagen allenthalben anklingt: wegen

ist auszumachen, ob die genannte *exceptio* hier oder bei den illegitimen Personalklagen ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet hatte. Die von Gradenwitz[1]) in letzterem Sinne ausgesprochene Meinung dürfte ihren stärksten Anhalt verlieren, wenn man mit uns zwischen der *exceptio* und der Quinctilianischen Regel eine direkte Brücke erkennt. — Aber die als dritte Gruppe auftretenden mit *formula in factum concepta* ausgestatteten persönlichen *iudicia* fordern für sich noch ein paar Worte. Das Wesen der *obligatio* mußte hier zu einer Gleichstellung mit den persönlichen Zivilklagen drängen; das Fehlen einer in der *intentio*, dem Sitz der Konsumption[2]), bezeichneten zivilen *obligatio* hinderte jedoch die Erreichung des Ziels.[3]) Obwohl man mit der Zeit die honorarische *obligatio* als solche anerkannte[4]), ist man zu einer Erstreckung des Satzes *tollitur obligatio litis contestatione* auf sie nicht gelangt: *ipso iure . . . postea agi potest.* Wie bei den dinglichen Klagen trat daher aus jenen äußeren Gründen nach wie vor die *exc. rei j. v. i. j. d.* in die Bresche. Anders ausgedrückt[5]):

---

der Belege s. ob. S. 49 N. 3, insbes. wegen Ulp. D. 50, 17, 43, 1 u. S. 56 N. 4. In dieser Meinung zieht es anscheinend Wlassak, ZSSt. 33, 102 vor, dem Spruch in Anlehnung an Gai. IV 108 die Fassung zu geben: *Qua de re actum est, de ea postea agi non potest.* 1) 22 ff.

2) Vgl. etwa Gai. IV 131a *per intentionem consumitur*; s. auch u. S. 117 f., 151 f., Keller, Litiskontestation 411.

3) Vgl. Keller, Zivilproz. (6. Aufl.) 305 N. 712, Last a. a. O. 142 N. 5.

4) Und zwar mindestens seit Julian: African. D. 46, 1, 21, 2; s. ferner Pedius bei Ulp. D. 15, 1, 3, 3 sowie Pomponius bei Ulp. D. 14, 1, 1, 20 i. f. und Paul. D. 45, 1, 91, 5; vgl. auch Gai. III 182; anders Javol. D. 23, 3, 57 init. — Weitere Fragmente bei Solazzi, Stud. Moriani II 123 N. 23, zu denen noch etwa D. 20, 1, 5 pr., D. 45, 1, 1 pr., D. 46, 2, 1, 1 hinzutreten. Daß *obligatio honoraria* bisweilen (z. B. D. 23, 3, 57 i. f. und wohl auch D. 46, 2, 1, 1) interpoliert ist, ist zuzugeben; daß es immer unecht sei (so Perozzi, Obbligazioni 135ff.), weist Solazzi a. a. O. mit Recht zurück, und auch Mitteis, RPR. I 58 N. 49 nimmt es nicht an. Vgl. ferner Wlassak, Prozeßgesetze II 117, Urspr. d. Einr. 10 N. 14; Seckel-Heumann, *honorarius* 2. — Der Gegensatz zwischen *oportere* und *debere* (Eisele, Kompensation 24, 28f.; Demelius, Confessio 149; vgl. auch Lenel 260 ff.) ist für diese Frage nicht verwendbar.

5) Die auf *supervacua* und *necessaria* abgestellten Gegensätze bei Gai. IV 107 erweisen die Verwendung der *exceptio* als ein sicheres Indiz für das Fortbestehen des *ipso iure agi posse*, also auch der *obligatio* selbst. Das *ipso iure agi non potest* wird durch das *unde fit* in Gai. III 181 von dem Untergang der *obligatio* ausdrücklich abhängig gemacht. Daß Gaius hier die Einschränkung,

nicht die *obligatio*, sondern nur das Klagrecht wird hier konsumiert.[1])

3. Die eigenartige römische Entwickelung verlegt also hinsichtlich der Art der Konsumption die Grenze, die man zwischen den persönlichen und den dinglichen Klagen erwarten sollte, mitten unter die persönlichen Klagen zwischen die mit *intentio iuris civilis* und die mit sog. *intentio in factum* ausgestatteten Aktionen: im ersteren Falle wird die *actio* (= Klagrecht) infolge Konsumption der *obligatio*[2]), im letzteren wird sie trotz Nichtkonsumption der *obligatio* konsumiert. Aber über den beide Gebiete trennenden eben dargestellten Gesichtspunkten hat man wohl mit der Zeit immer mehr die gemeinsamen als die entscheidenden empfunden und das Recht der Prozeßkonsumption allmählich ganz unter einheitlichem Gesichtspunkte betrachtet. Beweis dafür bietet die zusammenfassende Darstellung, wie wir sie bei Gai. IV 106/7 lesen, und die Formulierung Ulpians: *Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet* (D. 50, 17, 43, 1)[3]), die den alten Volksspruch nicht umschreibt, sondern überwindet.[4]) Der Grund liegt nahe genug. Denn im praktischen Ergebnis wirkte die *exceptio* so wie die *ipso iure* eintretende Konsumption.[5]) Auf die hier entscheidende *litis contestatio* verwies die *exceptio* in ihrer einen Alternative.[6]) Trat hier

---

daß er nur von gewissen *obligationes civiles* handele, nicht besonders hervorhebt, erklärt sich aus dem Zusammenhange: vgl. Pernice, ZSSt. 9, 221 f.; Gradenwitz 4 f.

1) Es ist kein Zufall, daß Gai. IV 106/7 im Gegensatz zu III 180/1 nur das *agere*, niemals die *obligatio* erwähnt.

2) Vgl. Gai. IV 131 a i. f.; dazu u. S. 63 ff.

3) Wenngleich der Zusammenhang des Fragments nicht mehr festzustellen ist (Lenel, Pal. II 591 N. 2, Ed. 245 N. 3), so wird es doch überwiegend (z. B. Savigny, Syst. V 216 f., Alibrandi I 173, Merkel 3. 93. H. Krüger, Exc. doli I 205, Karlowa II 994, Mommsen, Strafr. 888 N. 4) und mit Recht auf das *eadem-res*-Prinzip bezogen. Auch Wlassak, ZSSt. 33, 128 und N. 1, 133 N. 1 hält diese Deutung nicht für unmöglich; gegen eine andere, die er bevorzugt (vgl. schon gl. *quoties* adhl.), s. u. S. 197 N. 6.

4) Weder Inskription (s. vor. Note) noch Ausdruck deutet mehr auf eine bestimmte Aktionengattung (vgl. ob. S. 54 N. 5) oder den modus consumendi (s. u. S. 59 ff.).

5) Vgl. auch Gradenwitz 22.

6) Damit soll in dem für diese Arbeit nicht wesentlichen Streit über die Einheit oder Zweiheit der *exceptio* nicht Stellung genommen sein. Dem von

sublata litis contestatione die *causa iudicati* als neue Grundlage einer aktionenbekleideten *obligatio* auf[1]), so trug die *exceptio* dem Beginn dieses neuen Stadiums durch ihre andere Alternative Rechnung.[2]) Endlich war auf beiden Seiten die Folge der *eadem res* in aller Regel[3]) nicht Denegation, sondern Absolution.

Eisele (zuletzt ZSSt. 21, 1 ff.) vertretenen Standpunkt ist die Mehrzahl der Schriftsteller, vor allem neuerdings Manenti, Bull. 21, 139 ff. (vgl. auch Longo, Bull. 14, 260, Bertolini, Proc. civ. I 308 N. 2) beigetreten, aber auch Lenel, Ed. 486 ff. (zustimmend Partsch, ZSSt. 31, 436) hat sich ihm wesentlich genähert. Die Wendung von Gai. III 181, IV 106, 107, 121 verliert sehr viel von ihrer Beweiskraft, wenn man die Deutung von Gai. Aug. IV 110 daneben hält, wenn das *vel* nicht formelsässig ist (Lenel 490 N. 6), wenn die beiden Tatbestände nicht nur in Gai. Aug. cit., sondern auch in der *lex agraria* von 111 v. Chr. lin. 38 (Bruns-Gradenwitz I 81) und bei Thalelaios (schol. 14 i. f. zu Bas. 17, 2, 3; suppl. Zachariae 156) in der entgegengesetzten Reihenfolge erscheinen.

1) Gai. III 180.

2) Ob vielleicht hierin eine Erklärung der *exceptio rei iudicatae* liegt? Wenn man innerhalb der bei Gai. III 180 behandelten *iudicia* davon ausging, daß durch die *condemnatio* die *litis contestatio* oder (vgl. etwa Wlassak, ZSSt. 33, 93) das *rem in iudicium deducere* „*sublata*" sei, so mochte vielleicht auch bei der Schaffung der *exceptio* die Vorstellung mitspielen, daß die *res iudicata* der *res in iudicium deducta* nicht nur nachfolge, sondern geradezu an ihre Stelle trete. Diese Vorstellung wäre dann dem „natürlichen Gefühl", das auf den Abschluß des Prozesses das Gewicht legt (Lenel 489, Partsch, ZSSt. 31, 436 f.; vgl. auch ob. S. 49 N. 3) auf halbem Wege entgegengekommen. Dagegen sind gegen Mitteis' Meinung (ZSSt. 33, 211; vgl. auch Erman, ZSSt. 27, 407 f.), „daß der Prätor, als er die *exceptio* schuf, den Konsumptionsgedanken für das der *exceptio* unterliegende Gebiet überhaupt nicht gehabt hat", Bedenken schwer zu unterdrücken, wenn man an die Bedeutung denkt, die die *l. c.* für die Konsumption sämtlicher Legisaktionen gehabt hat. Zum Argument aus der Reihenfolge der Exzeptionsklauseln s. ob. S. 56 N. 6 a. E., zur Rechtskraftfunktion überhaupt u. S. 124 f.

3) Die prinzipielle Möglichkeit eines *denegare* statt Einfügung einer *exc. r. j. v. i. j. d.* ist nicht zu bestreiten: vgl. etwa Gradenwitz 14, Wlassak, ZSSt. 33, 137, auch 147 N. 3, 151, bei Pauly-Wissowa IV 207. Doch wird sie in theoretischen Schriften keine nennenswerte Rolle gespielt haben, da sie nur dort eintrat, wo die Zweckmäßigkeit des Einzelfalles es gebot. Es findet sich m. W. eine solche Denegation auch nicht überliefert. Von den bei Schott, Gewähren des Rechtsschutzes 78 ff. angeführten Stellen kommen Cic. p. Flacco 49 (vgl. über die Zeit Ciceros Wlassak 142 ff.) und D. 47, 10, 6 i. f. nicht in Betracht; das dritte Fragment (D. 9, 4, 4, 3) ist wahrscheinlich interpoliert: s. u. S. 164 f. Zu D. 9, 4, 39 pr. u. S. 322 N. 2, zu D. 11, 6, 3 pr.: § 125, zu D. 25, 5, 2, 1: § 127, zu D. 27, 6, 8: § 126, zu D. 41, 2, 12, 1: S. 426 N. 10, zu D. 47, 6, 3 pr. i. f.: S. 346 N. 4, zu D. 47, 8, 1: § 116.

Daß auch die Ipsojurekonsumption sich in einer Absolution äußerte — und zwar ebenso regelmäßig, wie etwa bei eingewandter Zahlung absolviert und nicht denegiert wurde[1]) —, ist im vorstehenden bereits mehrfach behauptet worden. Es ist aber vielleicht nicht unzweckmäßig, diese Behauptung gegen gewisse bisweilen vorkommende Mißverständnisse oder Versehen sicherzustellen.[2]) In IV 106/07 braucht Gaius dreimal die Wendung: *ipso iure (de eadem re) agi potest* oder *non potest*, und ebenso heißt es in III 181: *postea de eo ipso iure agere non possim.* Würden wir hier in Verwendung des von Wlassak festgestellten Sprachgebrauches, nach dem *agere* in der Regel *litem contestari* bezeichnet[3]), das *agere* in diesem Sinne verstehen, so müßten wir in der Tat annehmen, daß die eine Streitbefestigung die andere vereitele. Zum Glück wirkt Gaius selbst schon aus formellen Gründen einer solchen Auslegung, die mit dem inneren Grunde der Ipsojurekonsumption unvereinbar wäre, strikt entgegen. Davon daß eine *lis ipso iure* nicht kontestiert werden, die trotzdem vollzogene *litis contestatio* also nicht einmal ein Prozeßverhältnis (*iudicium*) begründen könne, verlautet im ganzen Quellengebiete nichts.[4]) Und weiter: doch nicht deshalb, weil *lis* kontestiert werden

1) Das *denegare* verbot sich, selbst wenn der Sachverhalt *in iure* liquid war, meist wohl mit Rücksicht auf das Interesse, das gerade der Beklagte an der Konsumption haben mußte; Belege bei Schott aaO. 68 ff.

2) So nehmen Erman, ZSSt. 19, 313 f., 350 N. 3, 351, Redenti, Arch. giur. 79, 57, Peters, ZSSt. 32, 290 Unzulässigkeit oder „Unmöglichkeit" der zweiten *l. c.* an, und Betti (ob. S. 28 N. 4) 26 stellt Denegation und Absolution auf eine Linie. Ob bei Peters nur ein Versehen vorliegt, läßt sich nicht erkennen; ein solches ist sicher gegeben, wo Wlassak von dem „Ausschluß einer zweiten Streitbefestigung" (ZSSt. 25, 160 N. 2) oder dem Ausschluß der „Erneuerung des Rechtsstreits" (ZSSt. 33, 108; vgl. auch ebd. 89, 111 N. 1 a. E.) spricht. Denn anderwärts erkennt er den Ausschluß der Verurteilung bzw. den Freispruch als Folgen der Konsumption an: Wlassak, Urspr. d. Einr. 8, 37 N. 80; 38 N. 80 a. E., Anklage und Streitbefestigung 30 f. Richtig z. B. Gradenwitz 12.

3) Wlassak, ZSSt. 33, 101 N. 2, der dort auf andere diesem Nachweis gewidmete Stellen aus eigenen Werken verweist; hinzuzufügen wären etwa Wlassak, Prozeßges. I 29, II 29, Litiskontestation 40 f., Cognitur 7 ff. — Vgl. aber auch Wenger, Actio iudicati 170 ff.

4) Auch der *l. c. de futuro* ist nur die Fähigkeit zu konsumieren versagt (Wlassak, ZSSt. 33, 111 N. 1), nicht die Fähigkeit, ein gültiges *iudicium* hervorzubringen.

kann, ist die *exceptio* „*necessaria*"; denn die *l. c.* zu verhindern ist sie, die durch deren Vornahme ja erst in Kraft tritt, ganz gewiß ungeeignet. Und ebensowenig kann die *exceptio* deshalb „*supervacua*" sein, weil eine *litis contestatio* von vornherein ausgeschlossen ist; denn ohne *l. c.* ist die *exceptio* nicht „überflüssig", sondern gar nicht vorhanden. Gaius muß also meinen, daß *postea* erfolgreich geklagt oder nicht geklagt, d. h. daß eine *condemnatio* oder eine dem Kläger günstige *pronuntiatio* erwirkt oder nicht erwirkt werden kann. Freilich ergibt sich dann die Ungereimtheit, daß in einem Satze wie *si vero legitimo iudicio in personam actum sit . . ., postea ipso iure de eadem re agi non potest* Bedingungs- und Hauptsatz das *agere* in einem entgegengesetzten Sinne gebrauchen: von dem, der im Sinne des Bedingungssatzes *agit* (= *litem contestatur*), wird im Hauptsatz gesagt, daß er *agere* (= *apud iudicem* obsiegen) nicht kann. Indessen ist dieser Widerspruch nur ein scheinbarer: *agere* kann mitunter auch „erfolgreiches Klagen" bedeuten[1]). Wo es aber mit *posse* verbunden ist, hat es diese Bedeutung in aller Regel. Denn überall, soweit die Quellen reden, ist die *litis contestatio* an die Genehmigung des Magistrats geknüpft, nicht aber an besondere zivilrechtliche Sacherfordernisse gebunden: in bezug auf die Vornahme der *l. c.* gibt es, vom *ius civile* aus gesehen, höchstens ein Nichtdürfen, kein Nichtkönnen.[2]) Übrigens brauchte auch ein moderner Schriftsteller kein Mißverständnis zu besorgen, wenn er schriebe, daß, wer einmal geklagt habe, wegen derselben Sache nicht nochmals klagen könne. Auch hier verhindert das „könne" das Argument vom gleichen Wort auf den gleichen Sinn.[3])

4. Der Parallelismus in der praktischen Wirkung beider Konsumptionen ist also ein vollständiger.[4]) Er konnte auf ihre allgemeine Beurteilung naturgemäß nicht ohne Einfluß bleiben. Daß in dem einen Falle die Postulierung und Einfügung der *exceptio* nötig, im anderen überflüssig war: dieser Gegensatz gehörte zu den gewöhn-

1) Wlassak bei Pauly-Wissowa I 304 f., ZSSt. 33. 100 f.; im gleichen Sinne heißt es *potestas agendi* in Gai. IV 123.

2) Dagegen faßt Wlassak, Urspr. d. Einr. 38 das *non posse* als einen Hinweis „auf eine Hemmung der *actio*".

3) In gewisser Richtung steht *agere* hier ähnlich wie *actio* in *actionem non dare*, falls die Streitbefestigung mit *exceptio* zugelassen wird: s. ob. S. 54 N. 4.

4) Vgl. auch Ascoli 86.

lichsten Lehren des Gerichtsgebrauches, die man noch in einem Elementarlehrbuch erwähnte, innerhalb gelehrter Untersuchungen jedoch als bekannt voraussetzte. Wo kompliziertere Konsumptionsprobleme, namentlich solche aus der Konkurrenzlehre besprochen wurden, wäre es ermüdend und vielen nach prägnanter Kürze strebenden Klassikern unsympathisch gewesen, stets noch jener Unterscheidung zu gedenken, die jedem Praktiker tagtäglich auf dem Forum ad oculos demonstriert wurde. Hier „spielte" man nicht „mit den prozeßgeschichtlichen Formalien des *ipso iure* und *ope exceptionis*".[1]) Sah man aber von diesem am Endpunkt der Entwickelung einzig verbliebenen praktischen Unterschied ab, so konnte man wohl verallgemeinernd sagen, daß jede *eadem res* Absolution im zweiten *iudicium* zur Folge habe, die *actio de eadem re* also — gleichviel welcher Gattung sie angehörte — überall konsumiert werde.

Der Beweis dafür, daß die Digestenklassiker bei allen feineren Fragen, namentlich auch in der Konkurrenzlehre, jenseits der elementaren Unterscheidung des Gaius stehen und die ganze auf *eadem res* aufgebaute Konsumption als ein einheitliches Gebilde fassen, ist auf drei verschiedenen Wegen zu führen. Durch ihn wird sich zugleich die naheliegende und bisweilen zu hörende Behauptung erledigen, daß für die Unergiebigkeit der Digesten in Ansehung jener Unterscheidung die Kompilatoren verantwortlich zu machen seien. Selbstverständlich ist es nicht von der Hand zu weisen, daß auch eines der anderen von ihnen ausgezogenen Institutionen- oder Regelbücher oder ein Kommentar zum Ediktstitel über die *exc. r. j. v. i. j. d.* die für den Anfänger unentbehrliche Gegenüberstellung enthalten hat. Aber in den Fragmenten, die uns überliefert sind, haben sie sich schwerlich in der erwähnten Richtung zu bemühen brauchen. Auch hätten sie uns, so gut wie andere Stellen, die *ipso iure* und *exceptio* einander entgegensetzen, erhalten geblieben sind, in dieser Fassung gewiß einiges auf die Konsumption bei *eadem res* Bezügliche überliefert, falls sie es vorgefunden hätten.

---

1) So Erman, ZSSt. 19, 349; vgl. auch Eisele 79, 357 ff., der jedoch (auch ZSSt. 21, 30 N. 2) in D. 47, 2, 72 pr., D. 44, 7, 34, 1 und D. 4, 2, 14, 13 die gaianische Unterscheidung wiederfindet. Daß diese Auffassung nicht zutrifft, darüber u. §§ 95. 96. 110. Wegen D. 47, 2, 42, 1 s. u. S. 357 f. — Ein Anklang an jene Unterscheidung begegnet etwa in D. 27, 3, 23 (dazu u. § 133), eine praktische Folgerung in C. 3, 1, 2 (s. u. S. 89 f.).

a) Einen Beleg hierfür und zugleich ein Argument für unsere These bietet Paul. 8 ad ed. D. 50, 17, 112:

Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur.[1])

Würde der Satz bei Paulus eine so allgemeine Bedeutung gehabt haben, so wäre der Beweis mit diesem einen Zeugnis fast schon geführt. Die Inskription verweist ihn in den Kommentar zum Edikt *de cognitoribus et procuratoribus et defensoribus* und damit in einen Zusammenhang, wo kaum etwas so naheliegt wie die Beziehungen „auf die Wirkung der *lis contestata* (*iudicio legitimo* oder *imperio continenti*) für den Vertretenen"[2]): in Gai. IV 98 sowohl wie in D. 44, 2, 11, 7 ist von dieser Wirkung die Rede, und in D. 46, 8, 22, 8 i. f. bemerkt Julian ausdrücklich, daß die *l. c.* des Kognitors dem *dominus* die *actio* „*aut ipso iure aut propter exceptionem*" *inutilis* mache. Erklärt aber Paulus selbst in einem Falle, wo vor der Erhebung einer bestimmten Klage ganz allgemein die Prozeßaussichten beurteilt werden und es also noch gar nicht feststeht, ob die eventuell notwendige *exceptio* auch eingefügt werden wird, die Unterscheidung zwischen beiden Konsumptionsarten für gleichgültig, so muß die gleiche Anschauung da, wo nur die Wirkungen einer bewilligten und in Kraft getretenen *exceptio* in Frage kommen, erst recht in Geltung gewesen sein.

b) Nur sie erklärt es ferner, daß die *exc. r. j. v. i. j. d.* den späteren Klassikern zum allgemeinen typischen Ausdrucksmittel für den Eintritt prozessualer Konsumption geworden zu sein scheint: begegnet sie doch selbst dann, wenn eine *a. in personam* mit *intentio iuris civilis* besprochen wird.[3]) Würden sich Beispiele dieser Art nur bei Gelegenheit der Erörterung des der *exceptio* gewidmeten Edikttitels finden, der ja den Ediktskommentatoren für Konsumptionsfragen fraglos die sedes materiae bildete, so möchte das allenfalls hingehen, wenngleich die *exceptio* im Rahmen einer so alten Zivilklage, wie es die *actio aquae pluv. arc.* ist[4]), Verwunderung genug erwecken muß.

---

1) Vgl. auch Ulp. D. eod. 43, 1 (s. ob. S. 56 N. 4).

2) So Lenel 87 N. 2.

3) Das ist schon von Erman, Mélanges Ch. Appleton 298 ff. beobachtet worden, der auch einen Teil der folgenden Belege anführt, aber auf eine Erklärung verzichten zu müssen glaubt. Vgl. auch Ascoli 86 f., 87 N. 1, jedoch mit unzutreffenden Zitaten. 4) D. 44, 2, 11, 9.

Aber an vielen anderen Stellen fehlt selbst diese Möglichkeit, die *exceptio* zu rechtfertigen. Gegenüber Julian. 21 dig. D. 27, 10, 7, 2 und Paul. 31 ed. D. 44, 2, 22 wird man schwerlich annehmen wollen, daß Julian und Paulus die *formulae* (*neg. gestorum* und *depositi*) *in factum conceptae* und nur sie im Auge gehabt haben[1]), und ebenso unwahrscheinlich ist es, daß Paulus bei der allgemeinen Darstellung der Noxalklagen (3 ed. D. 9, 4, 4, 3[2]); 18 ed. D. eod. 26 pr.[3])) ausschließlich oder vorzugsweise an die prätorischen und nicht an die zivilen Strafklagen gedacht haben sollte, von denen die *a. furti nec manifesti* und die *a. leg. Aquil.* gerade in der Entwickelung des Noxalrechtes eine ausschlaggebende Rolle gespielt haben.[4]) Noch dringlicher fordert der Anfangssatz in Ulp. 3 disp. D. 44, 2, 23 seiner *exceptio* zum Trotz die vornehmliche oder sogar die alleinige Beziehung auf die Stipulationsklage.[5]) Gar keine Wahl bleibt endlich gegenüber einem wohl schon auf Sabinus zurückgehenden Ausspruch, der die *a. ad exhib.* zum Gegenstande hat und uns von Venuleius 15 stip. D. 46. 8, 8 pr. und Ulp. 80 ed. D. 44, 2, 18[6]) überliefert ist: obwohl die *actio* eine *intentio iuris civilis* hat[7]), ist lediglich von der *exceptio rei iudicatae* (*v. i. j. d.*) die Rede. Und ganz das gleiche ist zu sagen, wenn wir in einem Reskript vom Jahre 210 (C. 3, 1, 2) und einem Responsum des Paulus (D. 26, 7, 46, 5)[8]) die *exceptio* eingreifen sehen, obschon die *in ius* formulierte[9]) *actio tutelae* in Frage steht.[10])

Muß man die Klassiker dagegen verwahren, daß schon in ihren Augen die *exceptio* ihres gegenständlichen prozessualen Gehalts beraubt gewesen und zu einem rein materiellen Begriff herabgesunken sei, so bleibt zur Rechtfertigung ihrer Ausdrucksweise nur die Erklärung übrig, daß sie die Möglichkeit eines *iudicium imperio con-*

1) Dagegen auch nicht der Schlußsatz des fr. 22 cit.: über diesen u. S. 95 N. 4.

2) Dazu unten S. 158 ff., bes. S. 165 N. 1.

3) Dazu unten S. 323 ff., bes. S. 326 N. 4.

4) Vgl. D. 9, 4, 2, 1.

5) S. u. S. 87 N. 4. — Die andersartigen Vermutungen Ermans 299 N. 3 nehmen schwerlich für sich ein.

6) Die Inskription deutet auf die *stip. ratam rem haberi* (Lenel 516 N. 5) und weist das Fragment daher offensichtlich in denselben Zusammenhang, den uns das ausführlichere Fragment des Venuleius ersichtlich macht.

7) Vgl. Lenel 216. 8) Zu beiden Stellen u. S. 88 ff.

9) Lenel 308. 10) Wegen D. 44, 2, 21, 4 s. u. S. 368 ff.

tinens mit in Betracht gezogen haben. Deshalb darf man aber — abgesehen von den mit einem konkreten Falle befaßten letzten beiden Stellen — diese Möglichkeit gewiß nicht als Wirklichkeit fingieren.[1]) Das verbietet der allgemeine Charakter der übrigen im vorstehenden angeführten Werke (z. B. der Ediktskommentare) von vornherein. Vielmehr ist umgekehrt zu schließen: je eigenartiger die Heranziehung der nur unter extraordinären Voraussetzungen[2]) möglichen *exceptio* ist, desto handgreiflicher beweist sie uns das Bedürfnis nach einer die *eadem-res*-Konsumption einheitlich beurteilenden Behandlung.

c) Noch bezeichnender ist die Ausdrucksweise der Quellen, wo sie das Wort *consumere* brauchen.[3]) Sind unsere obigen[4]) Ausführungen richtig, so haben wir zu erwarten, daß eine Konsumption der *obligatio* nur *ipso iure* eintreten, eine Konsumption der *actio* dagegen auch durch *exc. r. j. v. i. j. d.* vermittelt werden kann. Diese Erwartung wird erfüllt. Die Reihe der *consumere obligationem* oder *c. stipulationem* enthaltenden Stellen eröffnet eine Äußerung des Gaius, die zugleich wegen des korrekt bestimmten Verhältnisses zwischen *obligatio* und *actio* und wegen des besonderen Hinweises auf die *intentio* als Organ der Konsumption wertvoll und charakteristisch ist (IV 131 a):

> ... *totius illius iuris obligatio illa inc⟨er⟩ta actione 'quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet' ⟨per inten⟩tione⟨m⟩ consumitur, ut postea nobis agere volentibus de va⟨c⟩ua possessione tradenda nulla supersit actio.*[5])

1) So Segrè, Studi Fadda VI 372 N. 2, der überdies nur C. 3, 1, 2, D. 26, 7, 46, 5 und das gar keine *exc. r. j. v. i. j. d.* aufweisende D. eod. 25 berücksichtigt.

2) Über den grundsätzlich stadtrömischen Standpunkt der Klassiker vgl. etwa Lenel 5, Mitteis, Mél. Girard II 227 f.

3) Das Folgende nach VIR. I 105 f., 115, 120, 130, 975 f.

4) S. 51 ff.

5) An dieser Stelle kann *actio* schlechterdings etwas anderes als „Klagrecht" nicht bedeuten. Aus der Konsumption der *obligatio* wird die Konsumption der *actio* gefolgert; nicht wird sie ihr gleichgesetzt. Daraus erhellt erneut, daß das klassische Recht selbst innerhalb des Gebietes, in dem *obligatio tollitur litis contestatione,* die *actio* von dem *quod sibi debeatur* zu unterscheiden und in ihr insofern das *ius iudicio persequendi* zu verstehen wußte (vgl. Cels. D. 44, 7, 51; anders Wlassak bei Pauly-Wissowa I 306). Auch darin sind die Worte

Aber auch die Digestenfragmente lassen über die Ipsojurekonsumption keinen Zweifel. Julian bei Ulp. D. 46, 1, 5 i. f. *plane si ex altera earum egerit, utramque consumet* spricht hier in beiden Sätzen von der *obligatio*, nicht von der *actio*, wie der Zusammenhang und das für den klassischen Sprachgebrauch entscheidende *ex* [1]) lehren; Subjekt des Ganzen ist ein *reus stipulandi.* [2]) Ebenso auf die Stipulation, also den Typus der zivilen Obligation bezüglich sind Marcell. D. 46, 8, 17: *obligationis partem consumptam* [3]) und die drei Fragmente des Julian (D. 44, 7, 18), Scaevola (D. 45, 1, 133) und Papinian (D. 3, 3, 66), die geradezu *stipulationem* (= *verborum obligationem*) [4]) *consumere* verwenden. Eine Ausnahme scheint nur Ulp. D. 13, 5, 18, 3 zu machen, wo gefragt wird, *an qui hac actione* (aus dem *constitutum debiti*) *egit, sortis obligationem consumat.* Denn es ist mindestens wahrscheinlich, daß, falls bei einer Aktionenkonkurrenz *de eadem re* die in factum formulierte *actio* vorangeht, die Einfügung der *exceptio* erforderlich wird. [5]) Indessen ist zu bedenken, daß wir hier vor einer Frage stehen, von deren Antwort uns die Kompilatoren

---

des Celsus korrekt, daß sie auf die vollzogene Begründung des Prozesses zu deuten scheinen (vgl. auch Wlassak a. a. O.) und so als engsten Begriff der *actio* das Recht nicht auf *l. c.*, sondern auf erfolgreiche Klage herausstellen, auch damit in Übereinstimmung mit der auf die drohende Absolution des Klägers weisenden Äußerung des Gaius. Bedenkt man weiter, daß im Herrschaftsgebiet der *exc. r. j. v. i. j. d.* ohne diesen Begriff des Klagrechts überhaupt nicht auszukommen ist und auch die Quellen einwandfrei reden (vgl. u. S. 69 ff.), so ist m. E. die Existenz des Klagrechtsbegriffes, den Wlassak (z. B. ZSSt. 33, 88 N. 1, auch 89 f.) bekämpft, für das klassische Recht unbedingt anzuerkennen. Allerdings nur in der Form eines Rechtes an den Gegner, nicht an den Magistrat, wie es Hellwig, Anspruch und Klagrecht 147 N. 9, Lehrb. d. deutsch. Zivilprozesses I 149 N. 24, System d. dtsch. ZPrRechts I 296 annimmt; gegen ihn vgl. Wlassak, ZSSt. 33, 90 N. 1. Richtig Perozzi II 78 N. 2.

1) Denn so klassisch *agere ex* ist, wenn es sich auf das Rechtsverhältnis, die *obligatio* bezieht, so sicher tribonianisch wäre es, wenn man *actione* ergänzen müßte. Vgl. das wohl durchweg itp. *consequi ex actione.*

2) Wo in der Mitte des Fragments der Ausdruck *consumeretur* vorkommt, deutet er nicht auf Prozeßkonsumption, sondern auf Konfusion; desgl. das *consumere* oder *consummare* in der Schwesterstelle Venul. D. 45, 2, 13.

3) Lenel, Pal. I 627 stellt das Fragment zur *stip. ratam rem haberi.*

4) Vgl. Seckel-Heumann 555 Sp. 2.

5) S. u. S. 76; vgl. insoweit auch Eisele 77, 413 N. 37.

ohne Zweifel einen erklecklichen Teil vorenthalten haben.[1]) Es ist gar nicht auszuschließen, daß Ulpian, etwa mit einem der Frage angefügten *vel contra*, zugleich den umgekehrten Fall: *actio* (*ex stipul.?*) + *a. de pecun. const.* zur Diskussion gestellt hat. In diesem letzteren Falle wäre es korrekt gewesen, von einer Konsumption der Obligation zu reden[2]), und so mochte der Jurist sich im Interesse der Kürze veranlaßt fühlen, diese Ausdrucksweise auch für den nun allein überlieferten Fall beizubehalten.

Demgegenüber hat *consumere actionem* eine ganz zweifelsfreie Beziehung auf die Ipsojurekonsumption überhaupt nicht. Drei Fragmente, die unbedenklich hierher gestellt werden könnten: Ulp. D. 13, 1, 7, 1 (*a. furti nec manifesti* ∽ *cond. furt.*), Paul. D. 27, 3, 4, 2 (*a. tutel.*), Modest. D. 31, 34, 5 (*a. rei uxor.*) verneinen die Konsumption aus sachlichen Gründen und lassen deshalb nicht unbedingt auf die Art, wie sie sich bejahendenfalls vollziehen würde, schließen. Gegen das vierte (Ulp. D. 14, 3, 13 pr.) darf man nicht einwenden, daß die *a. institoria* als prätorische Klage keine *intentio iuris civilis* (Gai. IV 107) hatte, weil eine solche in einer *in ius* konzipierten *intentio*[3]) immer gegeben ist[4]); sind also die Worte *consumpta est actio* klassisch[5]), so gehen sie auf die *actio certae creditae pecuniae.* Andere Fragmente geben bestimmteren Zweifeln Raum, indem sie teils ohne Rücksicht auf die Art der Klage von Konsumption sprechen[6]), teils bei Doppelformeln die sog.[7]) *intentiones in fact. conc.* außer Betracht lassen[8]) oder zwischen *furtum manifestum* und *nec manifestum* trotz der aus ersterem gewährten *formula in fact. conc.* nicht unterscheiden.[9]) Noch andere Stellen endlich lassen den Gedanken einer Ipsojurekonsumption nicht einmal zu. In Nerat.-Ulp. D. 47, 10, 1, 9 wird zwar das *consumi* verneint, aber nicht etwa deshalb, weil die *a. iniuriarum* ein Rekuperatorengericht und damit ein *iudicium imperio*

---

1) S. dazu u. § 165. 2) S. u. S. 76.

3) S. u. S. 151. 4) Levy, Priv. 12.

5) Der Indikativ hinter *licet* ist unleidlich, spricht aber mehr für die Tilgung des *licet*: vgl. u. S. 244 N. 3 a a. E.

6) Jul.-Urs. Ferox D. 46, 3, 36 (*nihil me consumpsisse*), Paul. D. 12, 2, 28, 4 (s. dazu u. S. 102 ff.).

7) Wlassak bei Pauly-Wissowa I 311, ZSSt. 33, 104 N. 1, 105 N. 1.

8) Papin. D. 26, 7, 39, 15 (*a. tutel.* + *a. neg. gest.*: zu letzterer Lenel 101 f.), dazu u. § 133. 9) Ulp. D. 47, 1, 2, 1.

continens erfordert, sondern aus später[1]) zu entwickelnden Gründen der Konkurrenzlehre. Paulus D. 12, 2, 30, 3[2]) bespricht ganz allgemein die Frage, ob derjenige, der über eine *a. popularis*, also[3]) über eine amtsrechtliche, *in factum* konzipierte Strafklage[4]) *litem* kontestiert hat, *consumit publicam actionem*, und Ulpian sagt sogar: *Numquam actiones (praesertim) poenales de eadem re (pecunia) concurrentes alia aliam consumit.* Allerdings läßt eine Vergleichung der drei diesen Satz überliefernden Stellen[5]) die Hand der Kompilatoren erkennen; aber das die Worte zu einem allgemeinen Prinzip stempelnde *numquam* ist überall bezeugt, und selbst der enge Zusammenhang, aus dem der Ausspruch stammt[6]), weist auf die neben der zivilen *a. de pauperie* zuständige *in factum* formulierte ädilizische *a. de feris.* Diese Zeugnisse genügen. Sie alle würde Paul. D. 44, 7, 34 pr. überragen, falls die maßgebenden Worte, die bisher noch nicht angezweifelt worden sind, echt sein sollten. Denn wenn hier in einer Monographie *de concurrentibus actionibus* von den *quidam* erzählt wird, die über das Verhältnis zwischen der *actio leg. Aquil.* und der *a. iniur.* dahin geurteilt hätten, daß *altera electa alteram consumi*, so wäre damit allein schon bewiesen, daß der Ausschluß der letzteren Klage vom *iudicium legitimum* die Vorstellung eines wirklichen *consumere* nicht beeinträchtigt hätte. Über die Echtheitsfrage kann erst später gehandelt werden.[7]) Auch abgesehen von ihr wird man in der Erklärung zurückhaltend sein müssen. Denn schon im folgenden Satze steht *consumi* in einem Sinne, der das Wort aus dem Bereich der prozessualen Konsumption *de eadem re*, auf welchem Wege sie auch eintreten mag, überhaupt hinausweist. Und das ist gewiß schon spätklassisch. Auch in D. 4, 2, 14, 13 wird *consumi* ganz untechnisch[8]) in einem Falle gebraucht, in dem nicht die *exc. r. j. v. i. j. d.*, sondern eine *exc. in factum opposita* verwendet wird[9]); es ist dies übrigens

---

1) S. u. § 78. 2) Hierzu u. § 43.

3) Bruns, ZRG. 3, 342 ff., 370, 405; 12, 137 ff.; Girard 1014 N. 2; Wlassak bei Pauly-Wissowa I 318 f.

4) Vgl. die zusammengehörigen (Lenel, Ulp. Nr. 188, 189) D. 47, 23, 8 u. eod. 3 pr. Die letztere Stelle spricht umgekehrt von der *exc. vulgaris r. j. (v. i. j. d.)* als Konsumptionsmittel: s. dazu u. § 43 anf.

5) D. 44, 7, 60; D. 50, 17, 130; Inst. 4, 9, 1 i. f.

6) Vgl. u. § 121. 7) S. u. § 115.

8) Anders die herrschende Meinung; gegen sie u. § 110.

9) Schon P. Krüger, Proz. Kons. 43. 100 N. 5 hat davor gewarnt, auf

bezeichnenderweise die einzige Stelle, die neben *consumere* auf eine *exceptio* oder besser auf einen modus consumendi überhaupt hinweist.[1])

5. Hiernach hat die terminologische Untersuchung ergeben, daß die Klassiker, wie sie in der *exc. r. j. v. i. j. d.* einen unmittelbar die Prozeßkonsumption bezeichnenden Rechtsbehelf erblicken, auf der anderen Seite von Konsumption der *actio* (im Gegensatz zu dem der *obligatio*) ohne Rücksicht darauf reden, ob die genannte *exceptio* zur Herbeiführung der Konsumption notwendig oder überflüssig ist.[2])

Gegen dieses Resultat, soweit es die dinglichen Klagen mitbetrifft, kämpft mit der ihm eigenen Energie und Umsicht seit einigen Jahren M. Wlassak.[3]) Noch kürzlich wieder hat er die „Konsumption von dinglichen Klagen" für „sicher ebenso unrömisch wie irreführend" erklärt.[4]) Wenn er zur Begründung dieses Satzes auf das Fortbestehen des dinglichen Rechts verweist, so ist diese letztere Behauptung im Einklang mit den obigen Ausführungen.[5]) Wenn er sich weiter auf das Fehlen eines „(vorprozessualischen) dinglichen Anspruchs des heutigen Rechts" beruft, so haben wir uns vorhin auch zu diesem Satze bekannt.[6]) Damit ist aber keineswegs zuviel zugestanden. Denn wenn Wlassak nun den Schluß zieht: „Wer der *l. c.* auch im Prozesse mit *actio in rem* „konsumierende" Wirkung zuschreibt, statt sich mit dem Ausschluß einer zweiten Streitbefestigung *de eadem re* zu begnügen, bejaht notwendig für

---

das Wort *consumere* ein allzu großes Gewicht zu legen; vgl. auch Eisele 79, 336. 339. Zu weit geht Binder 320.

1) Bei dieser Sachlage kann es nicht wundernehmen, daß die Kaiser des Jahres 378 das *consumere* sogar über die Grenzen des Privatprozesses hinaustragen: *nec si civiliter fuerit actum, criminalem (actionem) posse consumi* (C. Th. 9, 20, 1 pr. = C. Just. 9, 31, 1 pr.). Dazu jetzt auch Wlassak, Anklage und Streitbefestigung 31.

2) Für die Personenkonkurrenz bietet der Gebrauch von *liberare* ein Analogon: vgl. dazu P. Krüger, Proz. Kons. 94 f., Eisele 77, 413 N. 37, 414, Binder 146, 329.

3) Zuerst (1904) ZSSt. 25, 160 N. 2, ferner (1910) Urspr. d. Einr. S. 10 N. 14, S. 37 N. 80 und (1912) ZSSt. 33, 88 f.; anders Prozeßges. (1891) II, 356 und anscheinend auch noch (1907) ZSSt. 28, 100 N. 2. — An Wlassak schließen sich Rabel, ZSSt. 27, 313 N. 2; 32, 416 und Peters, ZSSt. 32, 298 N. 3 an. — Dagegen sprechen mit Recht von Konsumption dinglicher Klagen neuerdings Gradenwitz, Festschr. f. Bekker 23 ff., Perozzi II 78 N. 2, Hellwig, System I 296; vgl. auch Eisele, ZSSt. 21, 56.

4) ZSSt. 33, 88. 5) S. 51 f. 6) S. 51 N. 2.

das römische Recht die Annahme des „dinglichen Anspruchs“ “[1]), so ist das zu bestreiten. Der Mangel des dinglichen Anspruchs wie sein wichtigstes Symptom, die Einlassungsfreiheit des Beklagten, würden in der Konsumptionsfrage nur dann eine Rolle spielen, wenn die Konsumption in der Tat in dem Ausschluß der zweiten Streitbefestigung d. h. in einer Tatsache bestände, die vor der Begründung des Prozeßverhältnisses sich ereignete. Da jedoch die Konsumption im Wege von *exceptio* und *absolutio* sich vollzieht[2]), also schlechterdings nur dann in Erscheinung tritt, wenn der Beklagte sich zur zweiten *l. c.* herbeigefunden hat, so stehen Konkurrenz und Konsumption dinglicher Klagen jenseits des Punktes, bis zu dem allein sich die Verschiedenheit von dinglichen und persönlichen Klagen überhaupt äußert. Wer eine Konkurrenz dinglicher Klagen zugibt[3]), muß auch ihre Fähigkeit zur Konsumption anerkennen.[4]) Die Einlassungsfreiheit des Beklagten hat hier das Bestehen zweier Möglichkeiten zur Folge. Entweder der Beklagte verweigert das *iudicium accipere*: dann ist unsere ganze Frage nicht diskutierbar; die nicht zur Streitbefestigung gelangende *vindicatio* kann so wenig konkurrieren wie konsumiert werden; die *exceptio*, um deren Wirkung sich der ganze Streit dreht, ist nirgends unterzubringen. Oder er *accipit iudicium* mit der *exceptio*: dann steht er dem Kläger nicht anders als bei einer persönlichen Klage gegenüber; auch er wird durch die *l. c.* obligiert.[5]) Das einzige, was Wlassak zuzugestehen wäre, läge also darin, daß man das von vornherein vorhandene Klagrecht (oder die „Klag-

---

1) ZSSt. 25, 160 N. 2; ebenso Rabel, ZSSt. 27, 313 N. 2.

2) S. ob. S. 56 ff.; so auch Wlassak (ob. S. 58 N. 2).

3) S. u. S. 72 N. 2.

4) Es ist bezeichnend, daß die Zustimmung zu Wlassaks Thesen (s. ob. S. 67 N. 3) Peters nicht hindert, die Konkurrenz der *actio in rem* ganz im Sinne Eiseles zu behandeln (ZSSt. 32, 289. 296).

5) So ausdrücklich Wlassak bei Pauly-Wissowa I 315, Mitteis, RPR. I 91 N. 59. Mit diesem *litis contestatione teneri* (hierzu namentl. Seckel, Haftung *de peculio* [Festschrift f. Bekker SA.] 41) ist aber das Klagrecht hier so wenig identisch wie bei den Personalklagen *in factum.* Denn Wirkungen äußert das Klagrecht überall schon vor der *l. c.*: bei den letztgenannten Klagen im mittelbaren Einlassungszwang, bei den dinglichen Klagen im unmittelbaren *duci vel ferri iubere* oder darin, daß persönliche Klagen (*a. ad exhibendum*) oder Interdikte (*quem fundum, quam hereditatem*) helfend in die Bresche treten und auf ihrer Basis nun der (mittelbare) Einlassungszwang geübt wird.

macht", wie Wlassak[1]) sagt) und demnach auch Konkurrenz und Konsumption dinglicher Klagen als durch die Einlassungsbereitschaft des Beklagten bedingt ansähe. Das ist aber ganz gewiß kein Widerspruch in sich. Denn die „Einlassungsfreiheit", so bemerkenswert sie ist, darf doch nicht überspannt werden. Angesichts der Nachteile, die dem renitenten Beklagten drohten[2]), war sie alles eher als eine nach Belieben zu handhabende Befugnis. Im Effekt drückte der magistratische Zwang so gut auf den dinglichen wie auf den schuldrechtlichen Beklagten, und die späteren Klassiker tragen deshalb kein Bedenken, sogar im Hinblick auf die dingliche Klage selbst von *actione teneri* zu sprechen.[3]) Würde nicht jeder Beklagte, dem an der Streitsache etwas gelegen war, auf die Vindikation eingegangen sein, so wäre die *exc. r. j. v. i. j. d.* bei dinglichen Klagen niemals recht praktisch geworden.[4]) Es ist also überall, wo im vorangehenden und folgenden von Konkurrenz und Konsumption dinglicher Klagen gesprochen wird, zu subintellegieren, daß der Beklagte sich auf sie eingelassen hat oder doch zum *iudicium accipere* bereit ist.

Aber auch unmittelbar gegen die oben[5]) verfochtene Konsumption des Klagrechts = der *actio* wendet sich Wlassak, indem er sagt: „Die Klagmacht (*potestas agendi*) aus dem Eigentum oder m. a. W. die Anwartschaft auf den dinglichen Prozeß erscheint ihnen (den römischen Juristen) nicht als ein novierbares Recht und überall nicht als eine obligationenartige Befugnis."[6]) Mit dem Terminus *potestas agendi* ist wenig anzufangen: soweit er die Be-

---

1) ZSSt. 28, 100, Urspr. d. Einr. 10 N. 14.

2) Vgl. ob. S. 68 N. 5 a. E.

3) Dafür kann man sich freilich nicht auf das itp. D. 6, 1, 27, 3 berufen, da die Rekonstruktion von Lenel (Grünhuts Zeitschr. 37, 538) dem Wortlaut nach unsicher ist (vgl. auch Beseler II 134 f.), wohl aber auf Gai. IV 4, wo *quo magis pluribus actionibus teneantur* die *rei vindicatio* mitumfassen muß. Vor allem ist *hereditatis petitione teneri* ständiger Ausdruck in Ulp. D. 5, 3, 13; eod. 16; eod. 18 pr., § 1. — Von einem *obligari* sprechen hier erst die Byzantiner (Inst. 4, 13, 5), aber auch sie wohl mehr infolge eines Lapsus: vgl. Theophil. paraphr. zdSt. (Ferrini p. 467) sowie Inst. 4, 6, 1; hierzu Wlassak, ZSSt. 25, 160 N. 1, Perozzi II 8 N. 2.

4) Demgegenüber vergleiche man ihre eingehende Behandlung im Digestentitel 44, 2.

5) S. 50 ff.

6) Wlassak, Urspr. d. Einr. 10 N. 14.

deutung bloßer „Klagmöglichkeit"[1]) hat[2]), gehört er in unseren Zusammenhang nicht; und wo er wirkliches Klagrecht bedeutet, steht er bisweilen gleichbedeutend mit *actio* oder *iudicium*[3]); er bleibt daher besser beiseite.[4]) Setzen wir dafür aber *actio* ein, so ist, wie die Quellen gelehrt haben[5]), an deren Konsumierbarkeit ganz gewiß nicht zu zweifeln. Freilich ist hier noch dem Einwand zu begegnen, daß *actio* nicht Klagrecht, sondern *obligatio* sei. In der Tat fällt, wo Ipsojurekonsumption eintritt, die Konsumption von *obligatio* und *actio*, wie gezeigt[6]), notwendig zusammen. Aber ebenso notwendig ist die Annahme, daß in allen Fällen, in denen erst die *exceptio* die Absolution vermitteln muß, nur die *actio* und nicht die *obligatio* konsumiert wird. Kämen hier nur die dinglichen Klagen in Betracht, so wäre ein überzeugender Beweis dafür freilich nicht zu führen. Denn wo keine *obligatio* vorhanden ist, kann sie auch nicht konsumiert sein. Ein überaus wichtiges Hilfsargument gewährt indessen die andere auf die *exc. r. j. v. i. j. d.* angewiesene Klagengruppe. Obwohl hier eine *obligatio* vorhanden ist, die an sich genau so gut wie die zivile konsumiert werden könnte, wird sie durch die *l. c.* nicht berührt[7]): wäre es anders, so wäre die von Gaius hier für notwendig erklärte *exceptio* überflüssig. Kann der Geschworene ohne die in der *exceptio* ihm erteilte Ermächtigung nicht absolvieren, so ist damit auf die denkbar klarste Weise zum Ausdruck gebracht, daß die *obligatio* fortbesteht. Wenn nun trotzdem die Überlieferung hier, was auch Wlassak[8]) anerkennt, allenthalben die *actio* konsumiert werden läßt, so ist damit der Beweis dafür erbracht, daß das klassische Recht trotz

1) Im Sinne Hellwigs.

2) So z. B. in D. 2, 11, 8 und in dem Edikt D. 4, 6, 1, 1; vgl. auch *experiundi potestas* in den die *exc. annalis* betreffenden Edikten.

3) S. namentlich das Edikt über die *actio sep. violati* D. 47, 12, 3 pr.; vgl. aber auch den gleichen Sinn von *potestas agendi superest* (Gai. IV 123) und *supersit actio* (Gai. IV 131 a). In Gai. IV 89 u. 124 ist der Ausdruck nur auf Stilerfordernisse zurückzuführen. — S. auch Lenel, ZSSt. 9, 180.

4) In den vorigen Anmerkungen sind die meisten der in VIR. I 319, 320 verzeichneten Stellen berührt; s. ferner Wlassak, ZSSt. 33, 148 N. 1.

5) S. 65 ff. 6) Gai. IV 131 a i. f. (dazu ob. S. 63 N. 5).

7) S. ob. S. 55 f.

8) Urspr. d. Einr. 10 N. 14; freilich scheint er auch hier die (prätorische) *obligatio* konsumieren zu lassen; vgl. auch ZSSt. 33, 89 f.

Fortexistenz des materiellen Rechtes eine Konsumption der *actio* annimmt, die man, wie ich glaube, quellenmäßiger als durch „Konsumption des Klagrechtes" nicht wiedergeben kann.[1]) — Die zu dieser Konsumption leitenden Argumente enthalten nichts, was nicht auch für das dingliche Recht gelten könnte. Im Gegenteil darf man sagen: Haben die Römer sogar bei der *actio in factum*, bei der eine Konsumption der *obligatio* möglich gewesen wäre, die Konsumption der bloßen *actio* anerkannt, so mußten sie gegenüber der dinglichen Klage, bei der von einem Untergang des materiellen Rechtes keine Rede sein konnte, erst recht zu der gleichen Anschauung gedrängt werden. Erinnern wir uns weiter, daß auch die inneren Gesichtspunkte, die hier und dort in dem Aushilfsmittel der *exceptio* zum Ausdruck kamen, dieselben waren, so ist die Schlußfolgerung von der Konsumption der *actio in factum* auf die der dinglichen Klage unabweislich. Es gibt schlechterdings keinen Grund, die Konsumption des Klagrechts dort anzuerkennen und hier zu versagen.

Man braucht sich nur die Frage zu stellen, was denn eigentlich bei der *rei vindicatio de eadem re* durch die *exc. r. j. v. i. j. d.* betroffen wird, um zu erkennen, daß das nur das Klagrecht, die zweite Vindikation selber sein kann. Es ist kein Zufall, daß Wlassak auf diese Frage eine Antwort nicht weiß. Denn wenn er dazu rät, sich „mit dem Ausschluß einer zweiten Streitbefestigung" (besser: einer zweiten dem Kläger günstigen *pronuntiatio*) zu begnügen, so ist das, wie er selbst am wenigsten verkennen wird, eine bloße Beschreibung und keine Erklärung. Und wenn er neuerdings „Konsumption" bei *actiones in personam* und „regelmäßige Ausschlußwirkung" bei *actiones in rem* gegenüberstellt[2]) und den letzteren Ausdruck wählt, weil „im Prozeß mit *actio in rem* nichts vorhanden ist, was ‚konsumiert' werden könnte", so wird damit nur ein nicht quellenmäßiger Ausdruck an die Stelle eines anderen gesetzt, ohne daß doch die wissenschaftliche Erkenntnis dadurch gefördert würde. Die rein negative Stellungnahme Wlassaks läßt durchaus unbefriedigt.

Es wäre zu ihr niemals gekommen, wenn die Quellen irgendwo davon redeten, daß eine dingliche Klage *consumitur*. Aber das

1) Dazu ob. S. 63 N. 5.
2) ZSSt. 33, 88 f.

kann bei der Art der Überlieferung nicht entscheiden.[1]) Denn ganz abgesehen von dem in der *exceptio* liegenden Beweis fehlt es an anderweiten Belegen nicht. Schon daß die dinglichen Klagen trotz Einlassungsfreiheit des Beklagten und trotz Unberührtheit des dinglichen Rechtes mit anderen und zwar auch mit persönlichen Klagen konkurrieren[2]), erweist auf der einen Seite die Verselbständigung der *vindicatio* gegenüber dem materiellen Recht, auf der anderen Seite die Notwendigkeit, daß beide Klagarten denselben Konsumptionsprinzipien unterliegen müssen. In D. 44, 2, 11, 5 erwägt Ulpian, ob sich eine zweite *vindicatio* erfolgreich mit der Begründung erheben lasse, daß der Kläger jetzt aus einem anderen Grunde Eigentümer zu sein glaube; er entscheidet: *haec res non parit petitionem novam: nam qualecumque et undecumque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit.* Warum ist hier die Entstehung einer *petitio nova* erforderlich, obwohl der Kläger nach wie vor Eigentümer zu sein behauptet? Doch nur deshalb, weil die alte *petitio* nicht mehr vorhanden, d. h. konsumiert ist. Das sagt denn auch der Begründungssatz mittels einer fast übertriebenen Anlehnung an den Sprachgebrauch bei persönlichen Klagen: es werden geradezu die *causae dominii* als Objekt des *in iudicium deducere* d. h. des *consumere* bezeichnet. Das heißt aber, da die Konsumption sich nur gegenüber demselben Beklagten zu äußern vermag, nichts anderes als daß das diesem gegenüber bestehende Klagrecht erloschen ist; *petitio* kann hier ja auch nur als „Klagrecht" verstanden werden. Ebenso deutlich erklärt Alexander Severus in C. 3, 42, 3 (a. 223) die *rei vind.* nur deshalb nicht für *perempta, quia . . . alia res esse incipit*; daß in dieser Verbindung[3]) *perempta* nur dasselbe wie *consumpta* ausdrückt, wird nicht zu bestreiten sein[4]); man denke auch an D. 27, 3, 1, 21. In D. 47, 2, 55, 3 schließlich werden *vindicatio* und *condictio* (*furtiva*) durchaus auf eine Stufe gestellt: *apparet recepta re . . . vindicationem . . . et condictionem tolli*; *sicut ex diverso post solutam . . .*

---

1) Ebensowenig ist es für das klassische Recht erheblich, daß Gai. Aug. 109, 113 die Konsumption dinglicher Klagen verneint: vgl. dazu u. S. 73 N. 4 a. E.

2) Z. B. D. 5, 3, 36, 2; D. 6, 1, 13; eod. 14; D. 44, 4, 4, 7; D. 47, 2, 9, 1.

3) Im übrigen s. u. § 96.

4) Vgl. dazu etwa Merkel 9. 104, Eisele 79, 336.

poenam salva est vindicatio et condictio. Erloschen oder unversehrt kann hier natürlich nicht das Eigentum sein, das in beiden Fällen unverändert bestehen geblieben ist; Gaius spricht nur von der *vindicatio*, dem Klagrecht. Und wenn auch nicht von Prozeßkonsumption die Rede ist[1]), so steht doch die grundsätzliche Gleichwertigkeit von *tollere* und *consumere*, wie auch Wlassak[2]) anerkennt, außer Streit.

6. Nach alledem dürfte dargetan sein, daß die Konsumption der *obligatio*, die wie jede zivilrechtliche Tilgung der Obligation *ipso iure* eintrat, und die Konsumption des Klagrechts bei dinglichen und *in factum* konzipierten Klagen, die in Ermangelung einer Änderung des materiellen Rechts nur im Wege der *exc. r. j. v. i. j. d.* eintreten konnte, bei aller Verschiedenheit des Entwickelungsganges den Römern der klassischen Zeit als eine durchaus einheitliche Erscheinung sich darstellte. Hier wie dort erfolgte die Konsumption mit der Wirkung der Absolution „ohne Unterscheidung der Aktionen nach Herkunft und Fassung"; hier wie dort konnte sich „der Beklagte im zweiten Prozeß auf die volksrechtlich geordnete Konsumption berufen". Diese Worte des früheren Wlassak[3]) sind durchweg zu unterschreiben und gegen den späteren Wlassak wieder zu Ehren zu bringen. Zugleich weisen sie bereits trefflich darauf hin, daß wir uns, soweit das *iudicium legitimum* in Betracht kommt[4]), innerhalb der ganzen Prozeßkonsumption auf zivilem

1) S. dazu u. §§ 46 auf., 162.

2) Urspr. d. Einr. 9 N. 14; auch Merkel und Eisele a. a. O.

3) Prozeßges. II 356.

4) Anderes gilt vom *iudicium imperio continens.* Aber die Gewährung der, auch hier fungierenden (vgl. ob. S. 55) *exc. r. j. v. i. j. d.* (Gai. IV 106) hing in klassischer Zeit längst nicht mehr vom reinen „billigen Ermessen" des Magistrates ab (so Wlassak a. a. O. II 356. v. Mayr, Röm. RGesch. II 1, 138). Mindestens seit den Zeiten der *lex Aebutia* war auch der illegitime Formularprozeß ganz gewiß nicht der „provisorische" „Summarprozeß", als welchen Wlassak II 327 f., 355 f. ihn kennzeichnet; dagegen namentl. Eisele, Beiträge z. Röm. RGesch. 64 ff. — So wird man auch im *iudic. imper. contin.* von einer Konsumption (des Klagrechtes) gesprochen haben. Wlassak, Urspr. d. Einr. 10 N. 14 erklärt das für „zweifelhaft", und Gai. Aug. 114: *in imperiali autem iudicio numquam actio consumitur, sed semper* . . . spricht in der Tat dagegen. Aber schon Eisele, ZSSt. 21, 55 f. hat zutreffend darauf hingewiesen, in welchem Widerspruch zu Gaius selbst sich hinsichtlich des Sprachgebrauchs von *consumere* dessen Kommentar bewegt. Wem von beiden für

Boden bewegen. So „quellenwidrig und irreführend"[1]) es ist, die Schriftformel im ganzen, insbesondere eine zivile *actio* deshalb als „prätorisch" zu bezeichnen, weil sie im Album proponiert ist, so wenig zweckmäßig ist es, in den Fällen, in denen die *exc. r. j. v. i. j. d.* eingreift, von einer „prätorischen Konsumption"[2]) zu reden. Eine unmittelbare Überlieferung, die eine *exceptio* als *civilis* oder als *ex iure civili* stammend bezeichnen würde, fehlt allerdings.[3]) Doch ist die Anschauung, die die Römer zu einer Unterscheidung zwischen zivilen und prätorischen Aktionen geführt hat, bei den Exzeptionen zweifellos ebenso berechtigt.[4]) Niemals kann die *exc. r. j. v. i. j. d.*, die zumindest mittelbar aus dem Satze *bis de eadem re ne sit actio* abgeleitet wurde[5]), als „prätorisch" empfunden worden sein.[6]) Und so ist die ganze hier behandelte Konsumption d. h. die Konsumption, die auf *eadem res* beruht, als zivile zu bezeichnen.[7]) Der Ausdruck „prätorische Konsumption" ist denjenigen Fällen vorzubehalten, die, weil nicht auf *eadem res* beruhend, in der Tat nur dem Prätor den Eintritt einer Art von Konsumption verdanken.[8])

---

das klassische Recht der Vorzug zu geben ist, ist angesichts der anerkannten Minderwertigkeit des Gaius von Autun (statt aller P. Krüger, ZSSt. 24, 405 ff.) nicht schwer zu entscheiden.

1) Wlassak bei Pauly-Wissowa I 311.

2) So z. B. Erman, ZSSt. 19, 323, 347, 349, 350 N. 3 u. sonst, Mélanges Appleton 296 ff. 3) Vgl. Seckel *exceptio* 181 Sp. 1.

4) Bekker, Aktionen II 278; Wlassak, Theor. d. Rechtsqu. 19 f.; Pernice, ZSSt. 6, 288; Bekker, ZSSt. 15, 185; Wenger bei Pauly-Wissowa VI 1556; Wlassak, Urspr. d. Einr. 47 N. 104. Nicht dagegen Betti, Opposizione dell'exc°. all'a° 9 N. 1 (m. Lit.). 5) S. 54.

6) Wlassak, Prozeßges. II 356 und Rabel, ZSSt. 27, 313 N. 2, die diese *exceptio* geradezu „zivil" nennen; vgl. übrigens auch Erman, ZSSt. 19, 314 N. 2, Leist bei Pauly-Wissowa IV 1446 f.

7) Der Ausdruck scheint etwas hart, wo eine honorarische Klage als konsumierend oder konsumiert auftritt. Aber wir dürfen nicht klassischer sein als Gaius, nach welchem *si ex ea causa, ex qua nobis edicto praetoris datur actio, Romae sub uno iudice inter omnes cives Romanos accipiatur iudicium, legitimum est* (IV 109). Kann man von der prätorischen Provenienz einer *actio* so sehr absehen, daß man das entsprechende *iudicium* „gesetzlich" nennt, so muß man ihm in weiterem Sinne auch gewisse „zivile" Wirkungen zusprechen dürfen. Daran, daß sachlich die Herrschaft des *eadem-res*-Prinzips über den Bereich des *ius civile* hinaus sich erstreckte, ist ein Zweifel nicht möglich: statt aller vgl. Labeo in Ulp. D. 47, 10, 15, 46.

8) S. u. Abschn. III; vgl. einstweilen u. S. 121.

Will man zwischen den Fällen, in denen die Konsumption *ipso iure* eintritt, und denen, die der *exc. r. j. v. i. j. d.* bedürfen, einen terminologischen Unterschied machen, so empfiehlt es sich, auf die Ausdrucksweise Kellers zurückzugreifen, der von direkter und indirekter (ziviler) Konsumption spricht.[1])

7. Gerade eine die Aktionenkonkurrenz betreffende Erörterung muß noch die weitere Frage streifen: auf welchem Wege trat die (zivile) Konsumption ein, wenn die eine, aber nicht die andere *actio* 1. im *iudicium legitimum* erhoben wurde, 2. eine *formula* mit *intentio iuris civilis* hatte, 3. *in personam* ging? Der letzte der drei Fälle scheidet vorerst aus, weil er eine wirkliche Aktionenkonkurrenz[2]) darstellt und deshalb in den Besonderen Teil gehört. Die ersten beiden Fälle dagegen können sich auch bei bloßer Formelkonkurrenz[3]) ereignen. Für sie läßt sich aus Gaius (III 181, IV 106/7), wiewohl er in erster Linie an die Fälle gleichartiger *iudicia* und Formeln gedacht haben mag, mit Sicherheit der Grundsatz ableiten, daß stets der Charakter des zuerst begründeten Prozesses entscheidet. Für Gaius ist erheblich nur, ob zunächst *imperio continenti iudicio actum fuerit*, ob zunächst *legitimo iudicio* mittels *intentio iuris civilis in personam actum sit*: je nachdem entscheidet er schlechthin, daß „*de eadem re*"[4]) *ipso iure* noch geklagt werden kann oder nicht. Wie *iudicium* und Formel in diesem zweiten Prozeß *de eadem re* gestaltet sind, spielt dabei gar keine Rolle. Daß nach vorangegangenem *legitimum iudicium* die später im amtsrechtlichen Verfahren wiederholte *actio ipso iure* konsumiert wird[5]), während bei umgekehrter Reihenfolge *exceptio* erforderlich ist[6]), hat man auch bisher schon richtig angenommen. Für den zu 2 erwähnten typischen Fall bloßer Formelkonkurrenz[7]) bestand dagegen Unsicherheit. Und doch ist das aus Gaius abgelesene Ergebnis auch

1) Litiskontestation 85 ff., 534, P. Krüger, Proz. Kons. 43; Segrè, St. Fadda VI 373 und sonst; vgl. auch Wlassak, Urspr. d. Einr. 10 N. 14. Gegen diese Begriffe Rabel, ZSSt. 32, 415.

2) In dem ob. S. 26 ff. festgestellten Sinne.

3) S. ob. S. 27. 4) Nicht etwa: *eodem iudicio, eadem formula.*

5) Erman, Mélanges Appleton 297.

6) Wlassak, Prozeßges. II 355 f.; Gradenwitz, Festschr. f. Bekker 8 f.

7) Mit Unrecht stellt Erman a. a. O. neben ihn die Aktionenkonkurrenz zwischen der *a. empti* und den ädilizischen Klagen.

aus inneren Gründen das einzig zutreffende. Wird zuerst mit der *formula depositi in ius* und später mit der *formula depositi in factum concepta* die *lis* kontestiert, so kann der Satz *quod semel factum est, infectum fieri non potest*[1]) nicht dagegen aufkommen, daß nach Gai. III 180 durch die *formula in ius concepta* die *obligatio in litem* deduziert und konsumiert ist; das Erlöschen der Obligation aber hat, ebenso wie wenn sie *solutione* erfolgt wäre, *ipso iure* die Absolution in dem durch *formula in factum* instruierten Prozeß zur Folge.[2]) Wird umgekehrt die *formula in factum* vor der *in ius* konzipierten *formula* akzipiert[3]), so kann die der *intentio iuris civilis* ermangelnde *actio* die *obligatio* nicht konsumieren[4]); sie konsumiert also nur die *actio* = das Klagrecht. Das bewirkt, daß auf die nachher erhobene *actio* mit *formula in ius concepta* der Geschworene kondemnieren muß, wenn ihm nicht die *exc. r. j. v. i. j. d.* Absolutionsrecht und -pflicht erteilt.

§ 5. B. Die Voraussetzung der Prozeßkonsumption: eadem res.

Dieses Thema gehört ebenso wie die Lehre vom Wesen der Konsumption zu denen, die von der Konkurrenzlehre weniger behandelt als zugrunde gelegt werden sollten. Wenn hiervon allgemein abgewichen wird, so hat das seinen Grund darin, daß die maßgebenden Gesichtspunkte nirgends so vielgestaltig sind und so in die Tiefe führen wie im Gebiete der Konkurrenz der Aktionen.

In negativer Beziehung ist kurz die jetzt unbestrittene Tatsache vorauszuschicken, daß im Konkurrenzgebiet weder *eadem actio* noch *eaedem personae* nötig waren, um *eadem res* zu begründen. Für die *eadem actio* beweist das die alte Rubrik *de eadem re alio*

---

1) Gai. Aug. 111, 112; ihn hatte Keller, Litisk. 118, Zivilpr. (6. Aufl.) 305 N. 712 vorgeahnt.

2) Vgl. Levy, Priv. 21 N. 2, 37 f.; u. S. 146 f. — So auch Bekker, Proz. Kons. 281, Erman a. a. O., der aber unzutreffend in den in den vor. Noten Genannten Gegner sieht; zweifelnd P. Krüger, Proz. Kons. 26 f.; anders Last, Anspruchskonkurrenz 142 N. 5.

3) Wegen D. 13, 5, 18, 3 s. ob. S. 64 f. — In der Literatur scheint dieser Fall nicht besprochen zu sein. Die Behandlung, auf die P. Krüger, ZSSt. 24, 406 verweist, habe ich nicht ermitteln können.

4) S. ob. S. 55 f.

modo[1]) und die Konsumptionsregel selbst[2]), in der *actio* und *eadem res* stets auseinandergehalten werden.[3]) — Für die *eaedem personae* hat das gleiche ebenfalls so lange gegolten, als uns die Quellen zurückblicken lassen, und man hat in der Ausschaltung dieses Erfordernisses wohl nicht mit Unrecht die altzivile *interpretatio* betätigt gefunden.[4]) Ob deren Gründe praktischer Natur waren oder aus der inneren Struktur des zwischen mehreren *rei promittendi* oder *stipulandi* bestehenden Verhältnisses entsprangen, ist bestritten und angesichts unserer Überlieferung nicht mit Sicherheit zu ermitteln. Die in ersterer Richtung angeführten Argumente[5]) schlagen nicht recht durch, zumal sie eher für die Konsumptionswirkung der *litis contestatio* überhaupt als für die Erstreckung der Wirkung auf den Fall der Personenmehrheit zu verwenden wären.[6]) Umgekehrt war angesichts der rechtlichen Notwendigkeit[7]), eine kumulative Haftung (und Berechtigung) derjenigen, die *eadem res* (*idem*) promittierten (und stipulierten), zu vermeiden, eine Auslegung, die hier *eadem res* auch im Sinne der Konsumptionsregel anerkannte[8]), um so naheliegender, als zur Zeit jener *interpretatio* das Axiom der *eaedem personae* schwerlich schon prinzipiell als Dogma[9]) aufgestellt worden war.

---

1) *Cic. ad fam.* 13, 27, 1; *de fin.* 5, 29, 88: so Alibrandi I 171 und, ihm folgend, Segrè, St. Fadda VI 373 N. 1, die sich weiter auf D. 44, 2, 5 berufen. Dieses Fragment ist zumindest nicht unmittelbar verwendbar: s. u. S. 101 f.

2) *Bis de eadem re ne sit actio* und nicht: *Bis ne sit eadem actio.*

3) Vgl. hierzu auch Bekker, Aktionen I 342 f.

4) Vgl. Binder 323, 403, auch Mitteis, Individ. d. Oblig. 63 f.

5) Gegen Dernburg, Pand. II § 72 N. 2 (dem Leonhard bei Pauly-Wissowa IV. 886 f. folgt) vgl. Eisele 77, 408 ff., dessen Gründe m. E. auch gegen Lasts Versuch, die Erstreckung der Konsumptionsregel auf die passive Personenkonkurrenz aus der Personalexekution zu erklären (Anspruchskonk. 215 ff.), wirksam bleiben. Lasts Argumente hätten überdies zur Gesamtwirkung nur der Kondemnation, aber nicht der *l. c.* führen können.

6) Vgl. Eisele, ArchZivPrax. 84, 298 N. 5.

7) Binder 403 spricht hier von einer „praktischen" Notwendigkeit und sucht dadurch beide Standpunkte zu vereinigen. Aus diesem „praktischen" Gesichtspunkt folgt aber die befreiende Wirkung gerade der *l. c.* so wenig, wie sie etwa im heutigen Recht anerkannt ist.

8) So Eisele 77, 410 ff. Vgl. auch Ascoli 85.

9) Das widerspricht nicht Eisele, Abh. z. röm. Zivilpr. 113 ff., Arch. ZivPrax. 77, 411 („sehr frühe anerkannt").

Läßt man die Identität von Aktionen und Personen beiseite und sucht man nach einer positiven Definition der *eadem res*[1]), so erhält man von Ulpian eine nichtssagende Antwort in D. 44, 2, 7, 1 i. f.[2]), wo es heißt: *et quidem ita definiri potest totiens eandem rem agi, quotiens apud iudicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est.* Aber die übrigen Lösungen sind doch nicht so unbefriedigend, wie Bekker[3]) vermeint. Paulus D. eod. 12.14 pr. führt drei Tatbestandsteile als erforderlich auf: *idem corpus*, *eadem causa petendi* und *eadem condicio personarum.* Ulpian (D. eod. 13) scheint der gleichen Meinung gewesen zu sein; denn nichts weiter wußten die Kompilatoren aus ihm in die Definition des Paulus einzufügen als hinter dem *idem corpus* die Worte *quantitas eadem*, *idem ius*. Und daß diese Erfordernisse von Ulpian nicht neben dem des *idem corpus*, sondern zur Auswahl an Stelle und zur Verdeutlichung desselben aufgestellt waren, zeigt D. eod. 7 pr. mit aller Klarheit. Schließlich erachtet bereits Neratius in D. eod. 27 folgende drei Identitäten als nötig: *personae*, *id ipsum de quo agitur*, *causa proxima actionis.* Unter Fortlassung der Personenidentität[4]) gewinnt man also den Satz, daß *eadem res* sich zusammensetzt aus:

	Paul.	Nerat.
1.	*idem corpus*	*id ipsum de quo agitur*
2.	*eadem causa petendi*	*causa proxima actionis.*

Die Gleichheit des zweiten Merkmals leuchtet ohne weiteres ein. Die des ersten ergibt sich leicht: nicht nur Neraz, sondern auch Paulus versteht darunter offenbar den Zweck, das Ziel der Klage. Wenn er dafür den etwas engen Ausdruck *corpus* braucht, so erklärt sich das zur Genüge aus dem nur den dinglichen Prozeß behandelnden Zusammenhang[5]); nimmt man hier die nach Ulpian gleichbedeutenden Ausdrücke *ius* und *quantitas* hinzu, so ist in ihnen das Ziel einer *actio in rem* in verständlicher Weise zusammengefaßt. Auf die Identität des Zieles als Voraussetzung der *eadem res* ist denn auch

1) Oder auch: der *eadem quaestio*; dazu u. S. 125 N. 5.

2) Vgl. auch D. 44, 2, 5 i. f. und zu beiden Stellen richtig Bekker, Aktionen I 339 ff. 3) ZSSt. 30, 12. 4) Ob. S. 77.

5) *Corpus* ist daher mit „Sache" zu übersetzen, nicht etwa mit „Prozeßgegenstand" oder „Streitsache"; denn diese Begriffe umfassen die *causa* mit: vgl. zutreffend Hellwig, Lehrb. des Ziv.Pr. I 150 N. 1a.

noch niemals verzichtet worden. Nur darin gingen früher die meisten zu weit, daß sie umgekehrt beide Identitäten einander gleichsetzten und damit die *eadem causa* aus dem Begriff der *eadem res* ausschieden.[1]) Indessen ist dieser Standpunkt seit Alibrandi[2]) und Eisele[3]) fast allgemein verlassen.[4]) Nur für das Gebiet der einfachen Personenkonkurrenz ist der neuen Lehre in Binder ein Widersacher erstanden. Schon aus äußeren Gründen wird es ihm schwerfallen, Zustimmung zu finden. Der klaren Meinung Eiseles, die nach Binder[5]) selbst in der Bedeutung der *causa* für die Aktionenkonkurrenz im engeren Sinne eine „hervorragende Stütze" findet, tritt Binder mit Gedanken entgegen, die weder leicht verständlich noch genügend scharf gefaßt noch auch nur eindeutig ausgedrückt sind. Bald hält er die *eadem causa* für eine „regelmäßige Voraussetzung" und betrachtet dementsprechend den Fall des *concursus causarum lucrativarum* als eine „Ausnahme"[6]), bald leitet er umgekehrt aus der Wirkung der *l. c.* bei der *fideiussio* das Regelrecht ab, „daß die Einheit der *causa* für die Gesamtkonsumption wenigstens keine unentbehrliche Voraussetzung bildet"[7]), bald erachtet er die Identität der *causa* als „materiell wertlos, sofern die Identität des Zwecks eben der einheitlichen *causa* regelmäßig bedarf, um erkannt zu werden".[8]) Allein das mag dahinstehen; im Laufe der Darstellung wird sich positiv dartun lassen, daß Binders „Ausnahmen" teils auf unrichtigen Prämissen beruhen, teils abweichend zu erklären sind.[9]) Einstweilen erweisen allgemein sowohl die obigen Fragmente wie ferner etwa D. 44, 2, 14, 2 und D. 44, 7, 18 den Grundsatz, daß *eadem res* die beiden Identitäten von *causa* und Zweck voraussetzt.

Das leitet notwendig zu den beiden weiteren Fragen, wann zwischen zwei Klagen dieselbe *causa*, wann dasselbe Ziel zu kon-

---

1) So namentlich Savigny, System V 206 f.; eine Übersicht über die gemeinrechtlichen Ansichten im 19. Jahrhundert bietet Merkel 81 f. Nicht hierher zu zählen ist Kipp bei Windscheid, 9. Aufl., I 607, der auf dem Boden der Theorie Eiseles steht und nur in der Terminologie von den Quellen abweicht, wenn er *actiones de eadem re* mit und ohne *eadem causa* unterscheidet.

2) I 170. 3) 77, 419 ff.; 79, 360. 368.

4) Vgl. z. B. Seckel, Haftung de peculio 26; Levy, Sponsio 110 N. 1, 155, 212 ff.; Peters, ZSSt. 32, 289.

5) 396. 6) 399 f. 7) 397. 8) 396.

9) Im einzelnen gegen seine Vernachlässigung der *eadem causa* z. B. u. S. 190, 195 N. 2, 197 N. 3, §§ 152, 165.

statieren ist. Daß diese Fragen bisher in keiner Darstellung des Konkurrenzrechtes als allgemeine vorweg erörtert worden sind, beruht offenbar auf der Schwierigkeit, sie von der Besprechung einzelner Quellenstellen loszulösen. Trotzdem glauben wir, einer prinzipiellen Darstellung nicht entraten zu können; einmal, weil gerade ihr Fehlen vielleicht gewisse Irrtümer der bisherigen Autoren erklärlich macht, ferner weil es allgemein redende Belege gibt, denen man nur auf diesem Wege gerecht wird. Freilich muß der Übelstand mit in Kauf genommen werden, daß der stärkste Beweis für die aufzustellenden Grundsätze erst geliefert werden kann, wenn im Besonderen Teil die Probe auf das Exempel zu machen sein wird.

I. Die eadem causa.

§ 6. a) Allgemeines.

Der Begriff der *causa actionis*, dessen genauere Ausbildung der auffällige Zusatz *proxima* des Neratius noch besonders zu unterstreichen schien, hat seit langem die größten Schwierigkeiten gemacht: Bekker, der ihn in seiner Erstlingsschrift[1]) energisch angriff und erfaßt zu haben glaubte, hat seine Ergebnisse schon in den Aktionen[2]) aufgegeben und zuletzt[3]) gänzlich resigniert. In der Tat verwirren die Quellen leicht. Gerade da, wo sie die *exc. r. j. v. i. j. d.* ex professo abhandeln, sind sie wenig ergiebig. Das Wort *causa* tritt in den verschiedensten Bedeutungen auf, und die unglaublich seltenen Belege[4]) für *causa actionis* geben geringe Hoffnung. Der einzige sichere auf die *causa actionis* bezügliche allgemeinere Satz in Paul. D. 44, 2, 14, 2[5]) betont die verschiedene Rolle, die die *causa* bei *actiones in rem* und bei *actiones in personam* spielt. Dieser Gegensatz ist auch hier zugrunde zu legen.

1. Die *causa* der persönlichen Klagen.

Welches die *causa* der persönlichen Klagen ist, wäre leicht zu sagen, wenn man davon ausgehen dürfte, daß sie der *causa obli-*

1) Proz. Kons. 242 ff. 2) I 341. 3) ZSSt. 30, 12.

4) VIR. I 118 zählt sieben Stellen. Nur in dreien bestenfalls ist *causa* technisch = Entstehungsgrund. Von ihnen gibt D. 44, 2, 27 (s. ob. S. 78) nicht viel her: s. u. S. 83 N. 1, S. 98 N. 3. — D. 47, 7, 5, 1 (s. u. S. 107) setzt eine Lösung bereits voraus. Über D. 14, 3, 4 s. u. S. 96.

5) Näheres dazu u. S. 96 f.

gationis (*rei*) gleichzusetzen sei. Denn die letztere steht fest: sie ist ein Kontrakt oder ein Delikt, je nachdem *obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*[1]), oder ein anderer obligationserzeugender Tatbestand. Diese Gleichsetzung ist aber keineswegs selbstverständlich und scharf bekämpft worden. Ähnlich wie Savigny[2]) hat auch Bekker in der Prozessualischen Konsumption einen grundlegenden Unterschied gemacht[3]), indem er den „Grund der Klage" nicht in dem die Obligation erzeugenden, sondern in dem sie verletzenden Tatbestand erblickt: ist die *emptio venditio* die *causa* der *obligatio*, so ist (nach Bekker) deren Nichterfüllung oder deren Verletzung durch positive Handlung die *causa* der *actio empti* oder *venditi*.[4]) Daß eine solche Anschauung grundsätzlich zu verwerfen sei, wird niemand behaupten wollen, ja, gerade in unserem modernen Recht ist sie zu einem Teile gewiß berechtigt. Aber hier sind auch die begrifflichen Grundlagen ganz andere. Die Erscheinung, daß ein obligatorisches Rechtsverhältnis nicht nur eine *obligatio* ist, sondern auch eine Anzahl von *obligationes*, Ansprüchen erzeugen kann, deren jeder nicht nur hinsichtlich seines Zieles, sondern auch bezüglich seines Entstehungsgrundes ein selbständiges Individuum sein kann[5]), ist dem römischen Rechte ganz fremd. So wenig dieses den „Anspruch" kennt[6]), so wenig paßt die für das heutige Recht erwägenswerte Definition der *causa obligationis* als der „Gesamtheit der Umstände, die nach dem objektiven Recht zur Entstehung des Anspruches gehören".[7]) Die Tatsache, daß von Rechts wegen jedem Kontrakt nur eine einzige *obligatio* entwächst[8]), legt vielmehr von

---

1) Gai. III 88. 2) Syst. V 280 ff.

3) 242 ff. — Aber auch später hielt er (trotz Aktionen I 338, 341) noch daran fest, wenn er (ZSSt. 30, 12) sagte: „Immerhin steht fest, daß *res* und *actio* verschiedene Dinge sind und daß folglich auch *causa rei* und *causa actionis* verschiedene Dinge sein mußten, was aber nicht ausschloß, daß gelegentlich auch ein Vorgang wie Darlehnsgabe oder Delikt *res* und *actio* zugleich begründen konnte".

4) Bei Deliktsklagen führt das zu der schlimmen Annahme, daß die Deliktsforderung „vom Augenblick der Existenz ab als verletzt und klagbar anzusehen" sei (Proz. Kons. 243).

5) Hellwig. Lehrb. I 194.

6) Mitteis, RPR. I 91 f.; s. ferner u. S. 86 ff., 116 ff., namentlich S. 116 N. 2. 7) Hellwig. Lehrb. I 263.

8) „Abgesehen von dem engen Gebiet der persönlichen Klagen auf *certum*":

vornherein den Schluß nahe, daß die *causa* des Klagrechts, wie sie heute mit der des Anspruchs zusammenfällt, so in Rom mit der *causa* der *obligatio* d. h. des Rechte- und Pflichtenverhältnisses (Grundverhältnisses[1]), Gesamtrechtes[2])) identisch war. Dafür dürfte ein Quellenbeweis wenigstens zu versuchen sein.

Schon oben[3]) hatten wir Gelegenheit zu beobachten, daß *agi potest* nicht immer das bloße Bestehen einer *actio* bedeutet, sondern bisweilen wie *condemnari potest*, also von der Möglichkeit einer erfolgreichen Klage zu verstehen ist. Daraus folgt, daß es in der Überlieferung auch nicht an Wendungen fehlen kann, die erkennen lassen[4]), daß mit dem Vertrage (Delikt) allein noch nicht die Voraussetzung des (erfolgreichen) *agere* gegeben ist: woraus man wieder ableiten kann, daß die *causa* des (erfolgreichen) Klagens eben außer dem Bestehen des Vertrages (Deliktes) noch anderes erfordere.[5]) Indessen führt über diese Schwierigkeit die namentlich Keller[6]) und Bekker zu dankende Erkenntnis hinweg, daß die römische *actio* im technisch-prozessualen Sinne zwei Funktionen hat, deren Eintritt und Tragweite verschieden sind: die konsumierende und die kondemnierende Funktion.[7]) Nur auf die letztere beziehen sich

Mitteis I 92. Aber auch hier findet sich von jenem eigenartigen Mutter-Tochter-Verhältnis, in dem Grundobligation und Anspruch heute stehen, keine Spur. Der einzige Unterschied besteht darin, daß die *obligatio* sich durch willkürliche Abtrennung vertikal teilen und dadurch in eine Mehrheit von Obligationen zerlegen läßt, deren Summe gleich der ursprünglichen *obligatio* ist. Indessen suchte man selbst diese Erscheinung theoretisch zu verwischen, indem man eine Mehrheit von Verträgen fingierte: s. u. S. 118.

1) Hellwig, Lehrb. I 194. 2) Mitteis I 92. 3) S. 58 f.

4) Vgl. etwa D. 13, 7, 9, 5; D. 19, 1, 13, 8; nicht dagegen das von Bekker, Aktionen I 333 ebenfalls angef. D. 5, 1, 35 (vgl. Wlassak, ZSSt. 33, 110 ff.). *Causa* im Sinne des eine erfolgreiche Klage begründenden Sachverhalts begegnet z. B. in D. 9, 2, 42; D. 47, 8, 2, 23. Weitere Fälle finden sich unter den Fragmenten, die *agere* oder *actio competit ex causa* . . . aufweisen: diese sind zusammengestellt in VIR. I 680.

5) Vgl. dazu ferner unten S. 95. 6) Litiskont. 525.

7) Dieser Gegensatz fällt wohl im allgemeinen (für das Nähere Seckel, *deducere* 2) zusammen mit dem Unterschied zwischen *res in iudicium deducitur* (darauf, daß sie auch wirklich vor den Judex kommt [*venit*], um von ihm berücksichtigt zu werden, kommt es nicht an) und *res in iudicium venit.* — Zu der Sache selbst vgl. die klaren Ausführungen von Bekker, Akt. I 326, 342 ff., ZSSt. 30, 11.

die besagten Wendungen, bei denen der Erfolg der Klage überall zu subintellegieren ist; nur für die erstere hat nach den Quellen der von uns gesuchte Begriff der *causa* eine technische Bedeutung.[1]) Wie es feststeht, daß die Konsumption auf Grund der *l. c.*, d. h. ohne Rücksicht auf den Erfolg eintritt[2]), so kann die für die Konsumption bedeutsame *causa* nicht identisch sein mit den Gründen, aus denen der Kläger mit einer Klage im konkreten Falle siegen muß; sie bezeichnet vielmehr nur den Tatbestand, der das allgemeine Fundament einer Klage bildet. Die *causa actionis* ist also der Grund nicht des Zustehens, sondern des Entstehens einer *actio*. Was hiernach die Römer unter der als Faktor der *eadem res* erheblichen *causa actionis* verstanden, kann deshalb nur aus den Stellen erkannt werden, die das Wort *actio* im Sinne von „Klage", nicht von „erfolgreicher Klage" verwenden.

Stellen solcher Art sind aber in so reicher Fülle vorhanden, daß es sich nur um die Heraushebung der charakteristischsten handeln kann. Als am wenigsten Zweifeln ausgesetzt sind daher im folgenden die Fragmente berücksichtigt worden, die geradezu den Ursprung einer *actio* betonen, indem sie Wendungen[3]) wie: *actio nascitur ex*, *oritur ex*[4]), *venit ex*, *proficiscitur ex*[5]), *est ex*, *parit actionem* brauchen. Erscheint hier als Quelle das die *obligatio* verletzende Faktum oder das Faktum, das sie selbst zur Entstehung bringt? Die Antworten legen den Gedanken einer „doppelten Bedeutung des *actionem nasci, esse*"[6]) schwerlich nahe[7]). Einmütig

1) Die tatsächlichen Voraussetzungen dafür, daß die *causa actionis* im konkreten Falle zum Siege führt (*competit*), begreift Nerat. D. 44, 2, 27 unter dem Ausdruck *ratio*. 2) Vgl. bes. Gai. IV 57.

3) Diese Wendungen nach VIR. *actio*.

4) Die Identität dieser beiden Ausdrücke (s. aber auch folg. Anm.) veranschaulicht D. 47, 2, 17, 1.

5) Dieser Ausdruck begegnet allerdings meist zur Bezeichnung der Quelle nicht des subjektiven, sondern des objektiven Rechtes: wie *ex lege XII tabularum, ex edicto*, aber auch *ex aequo et bono* usw. Das gleiche gilt von *actio descendit ex*, das im übrigen in anderem Sinne gebraucht wird (D. 3, 3, 70), immer, von *oritur ex* bisweilen. Insofern scheiden die Stellen hier aus.

6) Bekker, Akt. I 346.

7) Wofern man sich nämlich auf die mit *ex* gebildeten Wendungen beschränkt. Für sich allein kann *actio* (*non*) *nascitur* natürlich ebensogut bedeuten, daß eine (an sich entstandene) *actio* in concreto jemandem (nicht) „erwächst" = zusteht: z. B. in D. 46, 3, 94, 1 und D. 47, 2, 81, 7; vgl.

variieren die Quellen das Thema des Ulpian[1]): *Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto, quaedam in factum sunt. Ex contractu actio est, quotiens quis ... contrahit ... Ex facto actio est, quotiens ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit, veluti furtum vel iniuriam commisit vel damnum dedit ...* — Die *actiones* entspringen: *ex contractu*[2]), *stipulatu*[3]), *stipulatione*[4]), *pacto*[5]), *pollicitatione*[6]), *negotio gesto*[7]), *re*[8]); *ex delicto*[9]), *maleficio*[10]), *iniuria*[11]), *contumelia*[12])[13]). Daß diese Ausdrücke die *causa* bezeichnen, spricht Ulp. D. 16, 2, 10, 2 unmittelbar aus, wenn es heißt: *quotiens ex maleficio oritur actio, ut puta ex causa furtiva [ceterorumque maleficiorum].* Es gibt, sehe ich recht, kaum eine Stelle, an der eine Wendung der genannten Art untechnisch vorkäme.[14]) Überaus

---

ferner D. 45, 1, 73 pr. (*incipit actio*). Von hier aus ist auch das zweimalige *nascatur* (*nascitur*) *pigneraticia actio* in Ulp. D. 13, 7, 9, 3 zu erklären; es hat mit der *causa actionis* nichts zu tun: „nur die Verpfändung und nicht die Schuldtilgung ist der Grund der Haftung — des *dare facere oportere* — des Gläubigers" (Lenel 247): D. 44, 7, 1, 6. — Wegen Paul. sent. 2, 13, 5 s. u. S. 85. — In Gai. D. 21, 2, 57, 1 bezeichnet, wie die Wortstellung und die gleiche Wendung des princ. ergeben, das *ex stipulatu actionem* nur den herkömmlichen Namen der Klage; *nasci* steht wie zuvor *competit* absolut. Lediglich Marcellus (D. 45, 1, 98, 1) braucht *ex stipulatione .... nascatur actio* anscheinend abusiv.

1) D. 44, 7, 25, 1.

2) D. 44, 7, 5 pr.; 2, 14, 7, 2; D. 3, 2, 7; D. 9, 3, 1, 7; D. 12, 4, 3, 4; D. 21, 1, 23, 4; D. 42, 1, 52 (? Mommsen: *facto*); D. 44, 7, 49; Gai. IV 113.

3) D. 2, 14, 7, 12; Paul. sent. 2, 22, 2. Über D. 21, 2, 57, 1 ob. S. 83 N. 7.

4) D. 13, 4, 2, 1. Über D. 45, 1, 98, 1 ob. S. 83 N. 7.

5) D. 2, 14, 7, 5; eod. 6; eod. 17, 2; eod. 27, 2; D. 19, 5, 15; Paul. sent. 2, 14, 1. 6) Paul. sent. 5, 12, 9. 7) D. 3, 5, 3, 7; D. 9, 3, 1, 8.

8) Z. B. aus der *communio*: D. 10, 3, 29 pr.; D. 44, 7, 46. — Vgl. auch u. S. 277 N. 4.

9) D. 25, 2, 21, 5; D. 4, 5, 7, 1; D. 9, 3, 1, 8; D. 42, 1, 52; D. 42, 5, 9, 8; D. 44, 7, 32; D. 46, 1, 8, 5; D. 47, 1, 1, 2.

10) Gai. IV 112; D. 16, 2, 10, 2; D. 44, 7, 5 pr.; D. 47, 1, 3.

11) D. 47, 10, 1, 9. 12) D. 2, 14, 27, 2.

13) Ebenso: *conventiones pariunt actiones*: D. 2, 14, 7 pr. § 1.

14) Dagegen spräche D. 24, 2, 11, 2 selbst dann nicht, wenn man sich unter der *actio, quae non solet nisi ex divortio oriri* auch die *a. rei uxor.* vorstellen könnte; denn nicht nur die *actio*, sondern ebenso „die Verpflichtung setzt *iure civili* Auflösung der Ehe voraus" (Lenel 295; vgl. namentlich Bechmann, Dotalr. I 150 ff., bes. 181 ff., 190 f., II 146 ff.). In Wirklichkeit kann zudem Ulpian an die ja niemals dem Ehemann zustehende *a. rei uxor.* gar

bezeichnend sagt Paulus in sent. 2, 13, 5, wo er einer Nebenberedung zum fiduziarischen Vertrage keine klagbegründende Kraft zuerkennen will: *nec enim in* (nicht: *ex*!)[1]) *tali conventione fiduciae actio nasci*[2]) *potest.*

Die *causa actionis* liegt also nicht in dem die *obligatio* verletzenden, sondern in dem sie begründenden Faktum, in der *causa* der *obligatio* selbst. Das bestätigen nicht nur die vielen hier nicht vollzählig anzuführenden Digestenfragmente[3]), die die *obligatio* ganz aus denselben Tatbeständen erwachsen lassen[4]), sondern namentlich Stellen wie D. 2, 14, 7, 2, in denen offenbar in gleichem Sinne gesagt wird, daß *civilis obligatio* und *actio* aus dem συνάλλαγμα = *contractus nascitur.* Vor allem tritt es aber bei einem Vergleich zwischen der oben wiedergegebenen Ulpianstelle (D. 44, 7, 25, 1) und Gai. III 88, 89, 182 hervor. Lassen wir bei Ulpian die den Gegensatz verwischende Kategorie der *actiones in factum* beiseite, so ergibt sich ein völliger Parallelismus zu Gaius, der nur statt *est ex* das vollere *nascitur ex*, statt *factum* das korrektere *delictum* setzt. Und doch spricht Gaius von dem Entstehungsgrund der *obligationes*, Ulpian von dem der *actiones.* Man sieht: weder die *obligatio* noch die *actio* ist das Primäre: aus dem Kontrakt oder Delikt entsteht die eine wie die andere unmittelbar.[5]) Gerade dies dürfte einer der maßgebenden Gesichtspunkte sein, aus denen sich erklärt, daß die Römer, wie bekannt, an unzähligen Orten die *actio* nennen, um durch sie die *obligatio* auszudrücken.[6])

---

nicht gedacht haben; vgl. auch die plausible Darlegung Zanzucchis, Riv. ital. 42, 65 ff. — Aber es ist nicht einmal ausgeschlossen, daß das verallgemeinernde Stück *qui eam — oriri* auf die Byzantiner zurückgeht: der Relativsatz ist von dem an sich tonlosen *eum* weit entfernt; *actionem inportare* ist ἅπαξ λεγόμενον: VIR. I 121. — Über D. 45, 1, 98, 1 ob. S. 83 N. 7 a. E.

1) Wie Cujaz und Seckel-Kübler ändern wollen; richtig P. Krüger.

2) *Nasci* hier in dem ob. S. 83 N. 7 aufgezeigten Sinne.

3) Z. B. D. 42, 1, 4, 7; D. 44, 7, 1 pr.; eod. 1, 1; eod. 4; eod. 52 pr.; eod. 52, 8; s. auch ob. S. 81 N. 1.

4) Vgl. auch *si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu*: D. 5, 1, 18, 1.

5) Das ist auch nicht für den Fall einzuschränken, daß der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen ist: die Frage, wann *obligatio* und *actio* perfekt werden und somit erfolgreich geltend zu machen sind, hat nichts damit zu tun, daß ihrer beider *causa* jeweils im Vertrage liegt.

6) Vgl. z. B., weil besonders deutlich, D. 45, 1, 21: *in obligationem venire — actione (rei uxoriae) deberi.* Vgl. hierzu namentl. Wlassak b. Pauly-Wissowa I 306 f.

Dem entspricht es, daß die in den Quellen enthaltenen Abweichungen von der mittleren Linie nach beiden Richtungen weisen. Freilich, die eine Abweichung, die die *actio* als das Sekundäre erscheinen ließe, kommt nur ganz vereinzelt vor: D. 3, 3, 42, 2 (*ea obligatio . . . mandati actionem parit*)[1], D. 27, 3, 1, 21 (*in tutela ex una obligatione duas esse actiones constat*)[2] und D. 44, 7, 53 pr. (*si ex una obligatione plures actiones nascantur*)[3]. Umgekehrt dagegen begegnen die Verbindungen: *actione deberi*, *obligari* und namentlich *teneri*, wie VIR.[4]) ausweist, unendlich oft, und einmal[5]) heißt es sogar: *iniuriarum et actionum ex delicto venientium obligationes.* Aber auch hier ist schwerlich mit dem unvollziehbaren Gedanken Ernst gemacht, daß die *actio* erst die *obligatio* begründe: beide entstehen vielmehr „notwendig gleichzeitig".[6])

Der Kontrakt, das Delikt, der anderweite obligationserzeugende Sachverhalt ist aber nicht nur eine *causa actionis*, sondern die einzige. Sie allein erscheint in der *intentio* oder *demonstratio* derjenigen *in ius* konzipierten Formeln, die überhaupt einen Schuldgrund nennen.[7]) Neben ihr kommt eine negative oder positive Verletzung der *obligatio* als maßgebend nicht in Betracht. Wäre es anders, so würde eine Reihe von Konsumptionserscheinungen nicht zu begreifen sein. Sie haben ihre besondere Bedeutung dort, wo das obligatorische Rechtsgeschäft seinem Wesen nach auf zu verschiedenen Zeiten zu erfüllende Leistungen gerichtet ist, sei es, daß diese Leistungen gleichartig sind und in gewissen Abständen wiederkehren (z. B. Zinsleistungen), sei es, daß sie verschiedenen Inhalt haben und ohne bestimmte Reihenfolge fällig werden (Geschäftsführungsverhältnisse). Im modernen Recht gibt es hier so viele

---

1) Das bedeutet nichts anderes, als wenn es hieße: „Dieses Schuldverhältnis bringt eine *obligatio mandati* hervor, charakterisiert sich als *obl. m.*"; *actio* ist nur des Stils halber gewählt und wird sofort durch *obl. m.* aufgenommen.

2) S. dazu u. S. 109 ff. 3) Dazu u. § 122.

4) I 125 ff. 5) D. 4, 5, 7, 1.

6) Bekker, Akt. I 338: ein Ausdruck, der beweist, daß die übrigen dort gebrauchten Wörter „folgen, bewirken" usw. nicht zu pressen sind; sie sollen nur die eigenartige Denkform des *actione teneri* erklären; vgl. auch Bekker a. a. O. I 5 ff. (s. auch u. S. 96 N. 3).

7) Wofern es sich in concreto um eine *actio directa* handelt: bei Formeln mit subjektiver Umstellung, bei fiktizischen, noxalen usw. Formeln bedurfte es in der Regel naturgemäß noch weiterer Tatbestandsmerkmale.

Ansprüche wie Leistungen. Ganz anders im römischen, über das uns glücklicherweise Gaius in IV 131, 131a einigermaßen ausführlich unterrichtet. Hier bestehen nicht mehrere Ansprüche, sondern *una eademque obligatio*, zu der die Mehrheit der *praestationes* d. h. der Leistungsobjekte, die *in iudicium veniunt*, in offenen Gegensatz tritt. Diese Anschauung und die bekannte Rechtsfolge der vollkommenen Konsumption von *obligatio* und *actio*[1]) trotz Kondemnation nur auf die fälligen *praestationes* setzen voraus, daß die Römer als einheitliche *causa* der auf mehrere Prästationen gerichteten *actio* den Vertragsschluß (bei Gai.: die Stipulation, den Kaufvertrag) angesehen haben. Die Fälligkeit einzelner Prästationen oder deren Nichtleistung infolge Schuldnerverzuges waren Tatumstände, die nur für die Kondemnation, nicht für die Konsumption erheblich wurden; Tatumstände, die die *causa actionis* nicht berührten.[2])

Weitere Belege hierfür, die sich in den justinianischen Quellenkreis hinübergerettet haben, hat bereits Keller[3]) in seiner klaren Darstellungsweise aufgezeigt. Seinen Beobachtungen über die Zinsklagen aus *bonae-fidei*-Verträgen ist kaum etwas hinzuzufügen.[4])

1) Zu diesen Begriffen ob. S. 50 ff.

2) Über die abhelfende *praescriptio* s. u. S. 117 f.

3) Litiskont. 530 ff.; vgl. auch Ascoli 85. 86 N. 2.

4) In der zweiten Hälfte von D. 44, 2, 23 hat schon Keller a. a. O. 536/38 die Hand der Kompilatoren vermutet. Hierzu sind unterstützend folgende sprachliche Argumente nachzutragen: a) *Persequi ex iudicio* ist ebenso wie *consequi ex actione* anstatt der einfachen Ablative überall verdächtig: s. ob. S. 25 N. 5. — b) *Bonae fidei contractus* findet sich mehrfach, wenn nicht ausschließlich (Beseler II 64; anders Kübler, Festschr. f. Gierke, S.-A. 5) in interpolierten Stellen: vgl. D. 19, 1, 48 (Gradenwitz, Interp. 200); D. 30, 108, 12 (de Medio, Arch. giur. 68, 226 f., Segrè, Mélanges Fadda VI 366, P. Krüger zdSt., Beseler II 71); D. 39. 5. 22 (Pernice, ZSSt. 9, 216 N. 8, Labeo II 2, 143 N. 3; Seckel, *deputare*, Lenel, Pal. I 706 N. 1, P. Krüger zdSt., Kübler a. a. O. 5). — c) *Usurae cedunt* ist ἅπαξ λεγόμενον: VIR. I 707 unt. — d) In der Anknüpfung des zweiten Satzes *eadem erunt et* ist das *et* überflüssig und unlogisch. — e) Von den beiden Begründungssätzen (mit *nam* und *enim* angeknüpft) ist, da sie beide dasselbe sagen, der eine überflüssig; namentlich gibt der *enim*-Satz keine Begründung für den *nam*-Satz. — f) Beide Begründungen passen nicht zum Hauptsatz: dieser ist wie der Anfang der Stelle auf den Gegensatz zwischen Zins- und Kapitalklage gestellt; die Begründungen haben den Gegensatz der fälligen zu den künftigen Zinsen. — g) Der Gedanke an die *bfiudicia* wirft im Anfang der Stelle seinen Schatten voraus; er veranlaßte die Kompilatoren, dort den Namen des strikten Judiziums

Mit einer bloßen Verweisung würden wir uns auch hinsichtlich der Geschäftsführungsklagen begnügen, wenn nicht Peters[1]), der einen Teil dieser Klagen als „generelle Klagen" bezeichnet, behauptet hätte, daß bei ihnen „der zugrunde liegende Anspruch auf Abwicklung einer Reihe von Verpflichtungen geht", die generelle *actio* „sich also nicht in einer einmaligen Anstellung zu konsumieren braucht".[2]) Diese „Reihe von Verpflichtungen" steht mit der *una eademque obligatio* bei Gai. IV 131 und der *totius illius iuris obligatio* bei Gai. IV 131 a in unlöslichem Widerspruch. Die *causa* der von Peters herangezogenen *a. tutelae* liegt in dem *gerere*, das die „Verpflichtung des Vormunds zur gesamten Geschäftsführung"[3]) enthält.[4]) Diese „*una obligatio*"[5]) *illa incerta actione 'quidquid . . . oportet' per intentionem consumitur*[6]) — nicht anders als die mit derselben *intentio* ausgestattete *a. empti.* Es wäre höchst eigenartig und erklärungsbedürftig, wenn, wie Peters glaubt, klassische Stellen solche Konsumption in Abrede stellen sollten, zum Teil dieselben Stellen, aus denen Keller die Konsumption gefolgert hat. Paul. D. 26, 7, 46, 5 spricht mit aller erdenkbaren Klarheit, wenn er der Klage des früheren Mündels gegen den mit dem *tutelae iudicium* bereits belangten, aber wegen Nichtberücksichtigung einiger unerwähnt gebliebener Posten auf eine zu geringe Summe verurteilten Tutor folgende Prognose stellt: *si cum tutore actum esset, posse eundem adulescentem propter eam causam tutelae experiri et adversus exceptionem rei iudicatae doli mali uti replicatione.* Die *ea causa*, mit der

zu streichen; der gebliebene Rest: *si in iudicio actum sit* ist ungeheuerlich. Zu der *rei iudicatae exceptio* s. ob. S. 62. Übrigens gehört schon der naive überflüssige *quia*-Satz nicht mehr Ulpian.

1) ZSSt. 32, 287; vgl. auch ebd. 215; wenn Peters diese Erscheinung nicht auf eine Mehrheit von *causae*, sondern auf die „mehreren Klagziele" zurückführt, so liegt darin noch eine andere Nuance, die aber gleichfalls zu verwerfen ist (s. u. S. 118 N. 6). — Über den Petersschen Gegensatz zwischen Teilungs- und Geschäftsführungsklagen s. u. S. 130 N. 2.

2) Das „braucht" zeigt seine Verwandtschaft mit der wohl noch herrschenden, z. B. von Savigny, System V 219 und Siber 153, 158 geäußerten Anschauung, daß dieselben Klagen je nach den Umständen des Falles bald beschränkt, bald unbeschränkt miteinander konkurrieren können: hiergegen s. u. S. 148 ff.

3) Zutreffend Peters, ZSSt. 32, 188. 4) Vgl. u. S. 220 ff.

5) Vgl. für die Tutel speziell auch D. 27, 3, 1, 21; dazu u. S. 109 ff.

6) Gai. IV 131 a; zur *formula tutelae* Lenel 308, Levy, ZSSt. 37, 15 N. 3.

das elliptische (= *actione*)[1]) *tutelae* nicht zu verbinden ist, wird kaum im technischen Sinne stehen, aber die *exceptio rei iudicatae* ... spricht eine beredte, die Konsumption schlechthin beweisende Sprache[2]): sie und die *replicatio* stellen außer Zweifel, daß das *experiri posse* infolge der Konsumption nur auf dem außerordentlichen Wege der *replica doli* zu erreichen ist. Auffallen könnte hier nur[3]), daß Paulus diesen außergewöhnlichen Rechtsbehelf mit solcher bedenkenfreien Sicherheit zur Verfügung stellt.

Das hat aber ersichtlich seinen Grund in einem durch Reskripte gestützten Gerichtsgebrauch, deren eines, in C. 3, 1, 2 überliefert, kurz zuvor (a. 210) und vielleicht nicht ohne Mitarbeit des Paulus[4]) ergangen war:

> *Licet iudice accepto cum tutore tuo egisti, ipso iure actio tutelae sublata non est: et ideo si rursus eundem iudicem petieris, contra utilem exceptionem rei iudicatae, si de specie de qua agis in iudicio priore tractatum non esse adlegas, non inutiliter replicatione doli mali uteris.*

Auch hier handelt es sich um die zweite *a. tutelae*, auch hier um den gleichen Grund für die Nichtberücksichtigung der neuen Ansprüche, auch hier wird gegenüber der *exc. r. j. v. i. j. d.* die *repl. doli* gewährt. Also, müssen wir folgern, ist auch hier die Konsumption der *a. tutelae* vorausgesetzt. Dem widerspricht auch nicht der Anfang, wenn man nur das nicht umsonst besonders betonte

1) Daß diese Ellipse allgemein ein Kriterium für Itpol. darstelle, wie das Collinet, *Nouv. rev. histor.* 1910. 157 ff., Brugi, Mél. Girard I 147 N. 3, Partsch, Neg. gest. I 15 N. 1, 23 u. a. annehmen, trifft nicht zu: vgl. Kalb, Juristenlatein (2. Aufl.) 48 f., Wegweiser 11 ff., Berger, Teilungsklagen 122 N. 4. Lenel, Festg. f. Sohm 221 N. 5, ZSSt. 35, 208 f.

2) Das ist offenbar auch die Ansicht Lenels, wenn er (Pal. I 1238 N. 2) hinter dem den Schlußsatz einleitenden *sed* ein *et* einschiebt. Aber mit dem überlieferten positiven *posse experiri* dürfte der überlieferte Text besser im Einklang stehen.

3) Daß Paulus die *exc. r. j. v. i. j. d.* eingreifen läßt, erklärt sich aus dem vorauszusetzenden (s. ob. S. 62 f.) *iudicium imperio continens.* — Das *posse experiri* deutet nicht auf die Möglichkeit einer nochmaligen *l. c.* (s. ob. S. 58 f.), sondern auf die einer erneuten Kondemnation und wird denn auch in diesem Sinne durch die folgenden Worte erläutert, die den Weg, auf dem diese Verurteilung zu erreichen ist, angeben.

4) In seiner Eigenschaft als Konsiliar: P. Krüger, Gesch. d. Qu., 2. Aufl., 228, Kipp, Gesch. d. Qu., 3. Aufl., 138.

ipso iure gebührend beachtet. Schwierigkeiten macht die Verneinung der Ipsojurekonsumption gerade innerhalb eines dem Tatbestande nach ja nicht näher bekannten Reskriptes kaum[1]): man braucht sich nur vorzustellen, daß der Prozeß etwa *extra primum urbis Romae miliarium*[2]) spielt. Dann erhält man ohne weiteres eine einleuchtende Erklärung des Ganzen, insbesondere auch des *et ideo.*[3]) Hat der ehemalige Mündel z. B. um *restitutio in integrum* gebeten, so erwiderten ihm die Kaiser so korrekt wie möglich, daß es einer solchen angesichts des *ipso-iure*-Fortbestehens der *actio tutelae* nicht bedürfe, da er sich gegen die (bloß mittelbare)[4]) Konsumption durch *replicatio doli* hinreichend schützen könne. In jedem Falle ist die mit dieser *replicatio* unvereinbare Auslegung von Peters unannehmbar.

Gegen ihn spricht ebenfalls C. 2, 26, 1, das eine nochmalige Klage nur im Wege der *i. i. restitutio* gestattet. Es handelt sich auch hier um eine Nachforderung *iudicio tutelae*; ob dasselbe oder ein anderes Geschäft des Tutors in Frage stand als das, welches den Gegenstand des ersten Prozesses bildete, verlautet nicht: der allgemeine erste Satz scheint beides zu umfassen, für ein argumentum e contrario aus *de isdem speciebus* fehlt es an jedem Anhalt. — Das weiter zitierte Reskript[5]) C. 5, 51, 9 behandelt überhaupt keinen zweiten, sondern den ersten gegen den vormaligen Tutor zu beginnenden Prozeß.

Die Konsumption setzen auch Pap. D. 27, 3, 20, 1 und das dieses Responsum zitierende Fragment Ulpians D. 26, 7, 25 voraus, indem sie eine nochmalige Klage gegen den Tutor nur im Wege der *i. i. restitutio* zulassen. Dagegen ist Pap. D. 26, 7, 39, 15, das eine doppelte Konkurrenz der *a. tutelae* gegen die Tutoren und der *a. neg. gest.* gegen die Kuratoren enthält, in unserem Zusammenhange nicht zu verwerten.[6])

Alle diese Zeugnisse überragt an Bedeutung Paul. D. 17, 2, 38 pr.:

Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate . quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, nego-

1) Vgl. ob. S. 62 f. 2) Gai. IV 105.
3) Ebenso Keller, Litiskont. 534 f. 4) Ob. S. 75.
5) ZSSt. 32, 215. 6) Zu dieser Stelle s. u. § 133.

tiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi).[1])

Die Stelle ist ebenso oft wegen ihrer allgemeinen Ausdrucksweise behandelt wie wegen der Eigentümlichkeit ihrer Schematisierung mit Kopfschütteln wieder beiseite gelegt worden[2]), und am Ende der Literärgeschichte steht die eigenartige Tatsache, daß Peters auf der einen Seite zum ersten Male das Thema „Generelle und spezielle Aktionen" ex professo erörtert und auf der anderen Seite diese einzige seine Einteilung aufweisende Stelle als ungeeignet ausschaltet.[3]) Der Grund für solches Odium liegt weniger in der Einteilung selbst, die Peters mittelbar durch seine ganze Darstellung als fruchtbar gerechtfertigt hat[4]), als in den unhaltbaren[5]) Beispielen, die der Einteilung das Relief geben sollen.[6]) Streicht man die Beispiele, so kann man eine Rechtfertigung der Rubriken „generell und speziell" aus der Stelle selbst allerdings nicht entnehmen, wie sie denn diese Rubriken weniger neu aufzustellen denn als bekannt vorauszusetzen scheint. Aber „wertlos"[7]) wird deshalb weder die Einteilung noch gar die ganze Stelle. Ohne Beleg konnte schon vorhin[8]) davon ausgegangen werden, daß die Geschäftsführungsklagen — und diese gehören unter allen Umständen unbestritten zu den „generellen" Klagen[9]) — für die Konsumptionsfrage vornehmliches Interesse bieten, weil bei ihnen besonders leicht von dem, was *in iudicium* deduziert wird, nur einiges *in praestatione est.* Nicht verwunderlich war es weiter, daß die angeführten Belege für Mittel der Abwehr gegen unbillige Konsumption sämtlich dem Gebiet der generellen *a. tutelae* entstammten. Sollte nicht vielleicht

1) Vgl. auch D. 15, 1, 47, 2 i. f., bei welcher Bekker, Akt. II 342f., Erman, ZSSt. 19, 338 N. 3 und Lenel 277 allerdings nur an das *benef. competentiae* denken. S. darüber u. S. 244 N. 3 b.

2) Z. B. Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte 123 N. 1; weitere Literatur bei Peters, ZSSt. 32, 184 N. 1 u. 2.

3) 184 f. 4) Vgl. jetzt auch Partsch, Neg. gest. I 28 f.

5) Ein Grund z. B. dafür, die *a. neg. gest.* allgemein generell, die *a. mand* dagegen allgemein speziell zu nennen, wird schwerlich gefunden werden.

6) Übersicht über die die Echtheit anzweifelnden Schriftsteller bei Levy, ZSSt. 36, 2 N. 3.

7) So Peters 185. 8) S. 86.

9) So auch Peters 285 ff. (Damit soll jedoch der dortigen Abgrenzung nicht zugestimmt sein.)

auch unser von den *iudicia generalia* allgemein sprechendes Fragment gleichfalls die Konsumptionsfrage im Auge haben? M. E. kann daran kein Zweifel sein. Nirgends als bei den generellen Klagen drohte das mißliche Auseinanderklaffen von *consumi* und *in iudicium venire* so häufig, nirgends so leicht auch dem Vorsichtigsten. Denn hatte der Geschäftsführer keine erschöpfende Rechnung gelegt, so war es für den Geschäftsherrn schlechterdings eine Unmöglichkeit, dafür zu sorgen, daß vor dem Judex alles, *quidquid . . . dare facere oportet ex f. b.*, zur Sprache und zum Erkenntnis kam. Hier, wenn irgendwo, tat gegen die Konsumption Hilfe not. Solche lag aber gewiß nicht in den bedenklichen und in früher Zeit gegenüber der Prozeßkonsumption schwerlich ohne weiteres gehandhabten Mitteln der *i. i. restitutio*[1]) und der *replicatio doli.* Sie wurde auch durch eine *praescriptio pro actore* nicht gewährleistet. Denn ganz abgesehen davon, daß zur Zeit der *l. c.*, also vor Aufrollung des ganzen Streitverhältnisses der Kläger bisweilen zum Vorschlag der geeigneten *praescriptio* nicht in der Lage gewesen sein mag, fehlte ihm bei den generellen Klagen ja oft gerade die Kenntnis von den Tatsachen, die in der *praescriptio* hätten Platz finden müssen. Eine allgemeine subjektive *praescriptio* aber etwa in der Art: *ea res agatur, quae A° A° nota est* war wegen ihrer Unbestimmtheit, die den Beklagten hätte wehrlos machen müssen, unbedingt ausgeschlossen.[2])[3]) So drängte förmlich alles auf den Ausweg, den unsere Stelle tatsächlich überliefert: Sabinus[4]) scheint der erste gewesen zu sein, der es als im *officium* (d. h. im Recht und in der Pflicht) des im *bonae fidei iudicium* erkennenden Arbiters gelegen erachtete, daß er hinsichtlich des Schadens und Gewinns, der noch in der Zukunft Schoße ruht, gegenseitige Kautionen, soweit erforderlich, veranlaßte. Hiermit war durchgreifend geholfen[5]): an

1) Man denke an das eine solche ausdrücklich verheißende Edikt im Falle der *falso tutore* vorgenommenen *l. c.*: Lenel 115, vgl. ferner Gai. IV 57.

2) Vgl. umgekehrt das *periculose esse ex persona rei hoc metiri* bei Cels.-Ulp. D. 5, 1, 61 pr.; vgl. hierzu H. Krüger, ZSSt. 29, 384, Wlassak, ZSSt. 33, 106 Anm.

3) Erwägungen wie die bei D. 44, 2, 20 i. f.; eod. 21 pr. i. f. erwähnten konnten bei Geschäftsführungsverhältnissen ohne Gefährdung des Konsumptionsgedankens ohne allen Zweifel nicht eintreten.

4) Von diesem stammt anscheinend der Anfangssatz unmittelbar.

5) Nicht hierher gehört D. 5, 1, 41 (dazu treffend Keller, Litiskont. 529).

die Stelle der konsumierten *actio pro socio*, *mandati* usw. trat nun die *actio ex stipulatu*, nicht anders als etwa an die Stelle der durch die Klage gegen den Hauptschuldner konsumierten *actio* gegen den Bürgen sehr häufig dessen Indemnitätsstipulation rückte.[1])

Diese ganze Erörterung fiele freilich zusammen, wenn das *damnum vel lucrum in futuro pendens* „eine Reihe von Verpflichtungen" begründete, die mit der generellen Klage nachträglich noch geltend gemacht werden könnten. Aber wie sich von diesem Standpunkt aus die *praescriptiones* des Gaius und die *cautiones* des Sabinus-Paulus erklären sollten, ist nicht erfindlich. Festzuhalten ist vielmehr daran, daß auch eine generelle Klage grundsätzlich durch einmalige *litis contestatio* konsumiert wird: also kann auch sie nur eine einzige *causa* haben.[2])

Im vorstehenden war unmittelbar nur von der Unbeachtlichkeit der negativen Verletzung der Obligation für die Frage der *causa actionis* die Rede. Die positive Verletzung einer auf Tun oder Unterlassen gerichteten Verpflichtung (insbesondere eines Vertrages) bringt irgendein neues Moment nicht in die Erörterung: auch sie hat daher auf die Bildung der *causa* keinen Einfluß. Das muß hervorgehoben werden, weil für den Fall, daß eine Handlung zugleich selbständiges Delikt und positive Vertragsverletzung ist, unklare Vorstellungen bestehen, die bald nur das Delikt in seiner Eigenschaft als vertragsverletzendes Faktum, bald sowohl dieses wie den Vertragsschluß als *causa* der Vertragsklage betrachten. Das Nähere hierzu gehört in die Behandlung der Konkurrenz.[3]) Aber schon der jetzige Zusammenhang erfordert den Hinweis auf einige Fragmente, die ohne weiteres zeigen, wie fremd den Römern solche Vorstellungen waren. Vielleicht am drastischsten spricht hier die oben[4]) mitgeteilte Klagenklassifizierung, in der Ulpian (D. 44, 7, 25, 1) zu systematischem Zwecke den *actiones ex contractu* die *actiones ex facto* entgegenstellt, offenbar ohne das Mißverständnis fürchten zu müssen, daß auch eine Vertragsklage u. U. *ex facto* entspringen könne. Aber nicht nur äußerlich tritt die Unvereinbarkeit beider Klaggründe hervor. In D. 16, 3, 7, 1 macht sich Ulpian gegenüber der Vollhaftung des Erben aus dem Dolus des Depositars den nahe-

1) Vgl. hierzu Levy, Sponsio 149 N. 3.
2) Über das Ziel s. u. S. 118 N. 6.
3) S. u. S. 98 ff., 107 ff. 4) S. 84.

liegenden Einwand, daß in der Regel *alias ex dolo defuncti non solemus teneri nisi pro ea parte quae ad nos pervenit*: ein Einwand, der in der Tat durchschlagen müßte, wenn der Dolus die *causa actionis* bildete. Aber das ist eben nicht der Fall, wie der Gegengrund außer Zweifel stellt[1]): *tamen hic dolus ex contractu reique persecutione*[2]) *descendit.*[3]) Dieser Erwägung ist auch nicht deshalb allgemeinere Bedeutung abzusprechen[4]), weil der Dolus in einer Unterlassung bestanden haben könnte oder weil er bei der *a. depositi* kein zufälliges Faktum, sondern notwendige Voraussetzung einer erfolgreichen Klage sei. Denn ganz dieselbe Erwägung kehrt bei Paulus D. 44, 7, 49 in der allgemeineren zweifelsfreien Fassung wieder: *Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur*, und als Beispiel tritt nicht nur der Dolus des Depositars auf, sondern auch *cum tutor*[5]) *in tutela gerenda dolo fecerit.*[6]) Ebenso allgemein und plastisch spricht endlich ein Reskript von Septimius Severus und Caracalla vom Jahre 200 (C. 2, 34, 1)[7]),

1) Wenn demgegenüber derselbe Ulpian im Schlußsatz von D. 29, 4, 12, 1 den Erben dessen, der *omissa causa testamenti ab intestato possidet hereditatem*, nur *in id quod ad eum pervenit* haften zu lassen scheint, obwohl er kurz zuvor lehrt, daß die Erbenhaftung sich unter dem Gesichtspunkt des reipersekutorischen Charakters der Klage (Levy, Priv. 12 N. 2) vollziehe, so beruht das auf einer offensichtlichen Interpolation. Einmal ist die Bereicherungshaftung des Erben ein Symptom für das Festhalten an der Strafnatur einer Klage (Levy 105 f.). Sodann ist der Widerspruch mit dem Anfangssatz offenbar. Dort heißt es, daß der Erbe *in solidum* hafte. Und das kann hier nur den Gegensatz zur Bereicherungshaftung bedeuten (s. ob. S. 46 N. 6); namentlich ist mangels einer Erbenmehrheit der Gedanke an Ratenhaftung auszuschließen. Die scheinbare Einschränkung auf den *dolus defuncti* ändert nichts daran, daß der Schlußsatz genau das Gegenteil des ersten Satzes enthält. Denn anders als dolos haftet man aus dem Edikt, das *calliditati occurrit* (D. eod. 1 pr.), offenbar überhaupt nicht: vgl. Vangerow, Pand. II § 539 Anm. 2 Nr. 1. 2) Über diese bedeutungsvollen Worte Levy, Priv. 22.

3) Vgl. auch D. 16, 3, 1, 18.

4) Daß Ulpian, obwohl er sich im Kommentar zur *a. depos.* befindet, hier einen größeren Zusammenhang im Auge hat, beweisen seine unmittelbar darauf geäußerten (vgl. Lenel, Ulp. Nr. 899: Pal. II 617) Worte über die *cond. furtiva* in D. 13, 1, 9.

5) Der nicht bloß für Dolus haftet: Levy, ZSSt. 37, 75.

6) Die Einfälschung des Tutors behaupten Beseler II 7 und Rabel, RPR. 455 N. 1; s. aber Mitteis, RPR. I 146 N. 32, Peters, ZSSt. 32, 268.

7) Mißverstanden von Siber 71, der den Satz auf Prozeßstrafe bezieht.

wo es gegenüber dem Deliktsdolus heißt: *sed cum delictum non ex animo, sed ex contractu venit, noxa non committitur.*[1]) Der Nichteintritt der Deliktsfolgen[2]) wird also an allen drei Stellen[3]) damit begründet, daß die *causa* der *actio* im Kontrakte liegt.[4])

Wie die Verletzung der *obligatio* nur für die Kondemnation, nicht für die Frage der *causa actionis* bedeutsam ist, so gilt dies auch von allen anderen Tatbestandsteilen, die zu dem Kontrakt, Delikt, Quasikontrakt oder Quasidelikt hinzutreten müssen, um die Klage begründet erscheinen zu lassen. Zu diesen Tatbestandsteilen gehören namentlich die besonderen, weil aus dem Kontrakt, Delikt usw. ohne weiteres noch nicht folgenden Voraussetzungen der Aktiv- und Passivlegitimation, z. B. die Umstände, die zur Haftung aus den adjektizischen Verhältnissen oder zur Noxalhaftung wie überhaupt zur Haftung oder Berechtigung (z. B. infolge *ratihabitio*) aus den Handlungen dritter Personen führen. *Causa* ist hier immer nur die Handlung (Kontrakt usw.) der dritten Person. Eines Beweises wird das nach den obigen Darlegungen und auch deshalb, weil es wohl nirgends bestritten ist, kaum bedürfen. Auch werden sich bei der Behandlung der Konkurrenzfragen Beweise in Fülle

1) Ob der folgende *etiamsi*-Satz echt ist? Zu *damnum inrogatur* vgl. Levy, Sponsio 100 N. 1.

2) Der sich auch am Schluß des Paulusfragmentes zeigt: trotz des Delikts des Gewaltunterworfenen nicht *actio noxalis*, sondern *a. de peculio*.

3) Ebenso sicherlich von Pomponius in D. 44, 7, 12, wie der Zusammenhang mit D. 50, 17, 38 erweist; wegen Ulp. D. 21, 1, 23, 4 u. S. 135 ff.

4) Hiergegen spricht nicht etwa D. 44, 2, 22 i. f.: *et si actum sit cum herede de dolo defuncti, deinde de dolo heredis ageretur, exceptio rei iudicatae non nocebit, quia de alia re agitur* (über die Erwähnung der *exceptio* s. ob. S. 62). Denn die *alia res* beruht nicht auf einer Verschiedenheit der *causa actionis*. Die Haftung des Erben aus dem *dolus defuncti* ist reine Erbanteilshaftung, die aus dem *dolus heredis* erweitert sich dagegen auf alles, worauf der *dolus* des Erben sich erstreckt hat, grundsätzlich also auf das Ganze: vgl. u. S. 213 N. 3. Das Ziel ist somit verschieden (anders Keller, Litiskont. 538 ff.). Geltend gemacht wurde die Zielverschiedenheit ganz gewiß nicht durch Benutzung besonderer *formulae in factum* (Bekker, Proc. Cons. 255), sondern, falls in beiden Prozessen die *formula depositi in factum conc.* verwendet wurde, durch den Wortlaut der typischen Formel selbst (*eamque dolo malo L. Titii* bzw. *N^i N^i . . . redditam non esse*), anderenfalls durch Einfügung einer *praescriptio pro actore*: *Ea res agatur de dolo L. Titii* bzw. N^i N^i. — Der Fall ist von dem bei Gai. IV 131a erörterten nicht wesentlich verschieden: s. dazu u. S. 117 f., namentl. 118 N. 6.

ergeben. Jetzt wäre höchstens auf Paul. D. 14, 3, 4 zu verweisen, wo als *causa actionis institoriae* das *institorem emisse aut vendidisse* bezeichnet wird; aber der Gegensatz liegt nicht in den beiden Personen (*dominus* und *institor*), und auch das ist zweifelhaft, ob *causa actionis* hier im technischen Sinne steht.

Kehren wir nunmehr zu dem an den Beginn unserer Betrachtungen über die *causa* der persönlichen Klagen gestellten Fragment D. 44, 2, 14, 2 zurück, so heißt es dort:

Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.

Anerkanntermaßen behandelt Paulus hier die *causa actionis* und zwar sie allein. Denn die anderen nach der vorangehenden Definition zur *eadem res* erforderlichen Momente der gleichen Partei und des gleichen Zieles sind durch den Tatbestand *cum eadem res ab eodem mihi debeatur* ausgeschaltet. Umsoweniger besteht ein Anlaß, mit den meisten Editoren[1]) die *causae*, die man im *at*-Satze ohne weiteres als Subjekt gelten läßt, im ersten Satze als solches zu beanstanden und *singulae obligationes singulas causas sequuntur* zu lesen. Die überall überlieferte Lesart gibt einen durchaus zutreffenden Sinn: gleiches Ziel der Aktionen vorausgesetzt[2]), folgt einer einzelnen *obligatio* eine einzelne *causa* (scil.: *actionis*). Dieses „folgt" ist aber natürlich nicht von zeitlicher Aufeinanderfolge zu verstehen[3]) (denn auf eine solche kommt es hier nicht an), sondern, wie der Gegensatz sowie das *singulas—singulae* zeigen, von der juristischen Beziehung zwischen Klagrecht[4]) und einzuklagendem Recht. Dann besagt die Stelle aber ganz, was sich oben ergab[5]): jeder *obligatio* entspricht je eine *causa actionis*. Nur aus diesem Grunde berührt das *in litem*

1) So Mommsen u. Krüger.

2) Liegt dieses nicht vor, so ist die Gleichung Ulpians unanwendbar: s. u. S. 120.

3) Dieses Mißverständnis hat die Stelle oft hervorgerufen. Ein merkwürdiges Zusammentreffen ist es, daß Bekker, Akt. I 338 gerade in entgegengesetztem Sinn, aber ebenso zweideutig „unmittelbar folgen" gebraucht: s. dazu ob. S. 86 N. 6. 4) Im Sinne von S. 63 N. 5. 5) S. 85.

deducere der einen *causa actionis* die andere *causa actionis* trotz der vorausgesetzten Gleichheit des Zieles nicht.

2. Die *causa* der dinglichen Klagen.

Der Gegensatz ist: Dagegen entsprechen den einzelnen Eigentumserwerbsgeschäften oder Eigentumserwerbsgründen[1]) einzelne (individuell verschiedene) *causae actionis* nicht: vielmehr gibt es nur eine *causa in rem actionis*: *semel res mea esse potest.* Damit ist die weitere Frage m. E. eindeutig beantwortet: die *causa* der Eigentumsklage ist das Eigentum. Allgemeiner: *causa* der dinglichen Klagen ist das dingliche Recht, das seinerseits durch seinen Entstehungsgrund nicht weiter individualisiert wird.[2]) So schweigt denn auch die typische *formula petitoria* von dem Erwerbsgrund. Daß man ihr zwecks Einschränkung der Konsumption im einzelnen Falle einen den Erwerbsgrund nennenden Zusatz einfügen konnte[3]), steht dem nicht entgegen: genau so wenig wie die alleinige Geltendmachung der Zinsabrede mittels eines *ea res agatur de usuris praestandis* die lediglich im *bonae-fidei*-Vertrage liegende *causa* der persönlichen Klage berühren würde.

Auch hier ist vielfach bis in die neueste Zeit[4]) behauptet worden, daß die *causa* erst durch das Hinzutreten der Rechtsverletzung, also bei der Eigentumsklage durch das Hinzukommen des Besitzes des Beklagten erfüllt werde. Aber auch hier wird auf diese Weise die Frage nach der *causa actionis* mit der nach den (materiellen) Klagvoraussetzungen, insbes. mit der nach der Passivlegitimation verwechselt. Das Gegenteil ergeben auch nicht etwa die Quellenstellen, die das Durchgreifen der *exc. r. j. v. i. j. d.* dann verneinen, wenn der Eigentümer gegen den Besitzer vorgeht, der im Vorprozeß mangels Besitzes absolviert worden war.[5]) Dieser Satz ist so selbstverständlich, daß er unzweifelhaft anerkannt wäre, auch

1) D. h. den einzelnen *causae*, aus denen *rem meam esse dico.* In diesem Sinne heißt es z. B. in D. eod. 11, 5: *ex causa hereditaria, donationis.*

2) Vgl. etwa Keller, Litiskontestation 287, Hellwig, Anspruch 78, Lehrbuch d. ZPr. I 259; anders anscheinend Girard 1042.

3) D. 44, 2, 14, 2; eod. 11, 2; so auch die herrsch. Mein.: Keller a. a. O. 289 ff., Zivilpr. N. 473. 857, Savigny, Syst. VI 514 ff., bes. 523 ff., Bekker, Proz. Kons. 248 f., P. Krüger, Proz. Kons. 114 ff., Girard 1042 N. 4.

4) Z. B. Eisele 79, 362. 382.

5) D. 44, 2, 9 pr.; D. eod. 17.

wenn es keinen Beleg für ihn gäbe. Aber er folgt gar nicht aus der oder jener Lehre über die *causa actionis*, sondern aus dem Begriff des Eigentums heraus. Ist dieses durch den Vorprozeß, der nur ein Klagrecht konsumiert hat, nicht berührt worden[1]), so reagiert es nach wie vor auf jede neue Verletzung, mag sie nun von dem schon beklagt gewesenen X oder einem Y ausgehen: das Eigentum *parit petitionem novam.*[2]) Die Konsumption des Klagrechts kann naturgemäß nicht weiter greifen als das Klagrecht selbst: wie dieses hat sie nur die Rechtslage zum Gegenstande, die nach objektiver[3]) Würdigung der Kläger bereits im Vorprozesse hätte zur Geltung bringen können.

§ 7. b) Anwendung auf Konkurrenzfälle.

Daß diese ohne Rücksicht auf Konkurrenzfragen gewonnenen Ergebnisse sich in den Fällen, in denen zwei verschiedene *actiones* miteinander konkurrieren, zu bewähren haben, wird jeder Unbefangene selbstverständlich finden. Denn man sollte meinen, daß die *causa* für jede Klage nur eindeutig bestimmt und deshalb keine andere sein kann, je nachdem ob das objektive Recht neben ihr noch eine andere Klage konkurrieren läßt oder nicht. Aber parallel der Anschauung, die die Zuständigkeit einer Klage allgemein von der tatsächlichen oder möglichen Konkurrenz einer anderen Klage unter Umständen abhängen läßt[4]), geht eine Ansicht, die die Frage nach der *causa* einer *actio* nicht aus ihr selbst heraus, sondern aus dem für sie zufälligen Umstande beantwortet, ob und mit welcher Klage sie konkurriert. Das wird am klarsten aus dem Satz, in dem Peters die Ergebnisse der modernen Konkurrenzlehre zusammengefaßt hat[5]): „Identität der *causa* wird entweder in der Einheit des klagbegründenden Vertrages gesehen oder, bei Konkurrenz von Delikts- und Kontraktsklagen, in der Einheit der Handlung oder schließlich,

---

1) Ob. S. 51. 2) Vgl. D. 44, 2, 11, 5.

3) Daß subjektive Momente hier keine Rolle spielten, hebt gerade in unserem Zusammenhange D. eod. 11, 5 hervor. Aber auch der in D. eod. 27 hervortretende gleiche Gedanke scheint auf die *actio in rem* Bezug zu haben; denn der eigenartige Ausdruck: *eam causam actionis competere sibi* verliert an Härte, wenn man als *causa* ein dingliches Recht (und nicht den Tatbestand eines Kontrakts oder Delikts) begreift. Vgl. auch Lenel, Pal. zu der Stelle, die dort zwischen D. 41, 3, 41 und D. 44, 2, 9, 1 eingereiht ist.

4) S. ob. S. 18 ff. 5) ZSSt. 32, 289.

bei Konkurrenz von *actio in rem* und Kontraktsklage, in der Einheit des Objekts." Danach wäre also die *causa* etwa der *actio pigneraticia* bald der Verpfändungsvertrag, bald die Unterschlagung des Pfandgläubigers, bald die verpfändete Sache: eine absolute *causa* der *actio pigneraticia* gäbe es also überhaupt nicht. Das widerspricht nicht nur unseren Ergebnissen, sondern ist auch in sich unlogisch. Denn wie kann man die Eigenschaften zweier Dinge miteinander vergleichen, wenn man sie von dem einzelnen Ding nicht kennt? Wie will man die Identität der *causae* zweier Aktionen behaupten, wenn man nicht einmal zu sagen weiß, welches die *causa* der einzelnen *actio* ist? Diese Schwierigkeit wird nicht behoben, sondern nur verdeckt, wenn Eisele die *causa* allgemein in dem „die Verpflichtung zur Existenz bringenden Tatbestande"[1]) sieht; denn hier verbergen sich hinter dem Worte „Verpflichtung" zwei verschiedene Begriffe, der „Anspruch" und die *obligatio*.[2]) Den „Anspruch" meint Eisele, wenn er bei Konkurrenz von Vertrags- und Deliktsklagen die Tat des Kontrahenten, „die zugleich Delikt und Kontraktsverletzung ist"[3]), als *causa* bezeichnet[4]); die *obligatio* d. h. das Grundschuldverhältnis hat er im Auge, wenn er bei Konkurrenz von Vertragsklagen „nicht die auf Grund des Vertrages den Anspruch auslösende Handlung, sondern den Vertrag selbst als die *causa obligationis* betrachtet".[5]) Oder anders ausgedrückt: Bald soll, vom Gesichtspunkt der Kontraktsklage aus gesehen, das anspruchsbegründende d. h. obligations verletzende, bald das obligations begründende Faktum maßgebend sein. Das sind unvereinbare Gegensätze, deren Eisele sich nicht bewußt geworden ist.

Die positiven Beweise für die Relativität der *causa* sind mehr als dürftig. Sie beschränken sich nämlich auf eine kurze Bemerkung Eiseles[6]), der bei Konkurrenz von Delikts- und Kontraktsklage die Einheit der Handlung (ohne Rücksicht auf den Kontrakt) deshalb als die *causa obligationis* ansieht, weil „in anderer Weise von *eadem causa* überhaupt nicht die Rede sein könnte"; mit anderen Worten: *eadem causa* liegt in dem deliktischen Faktum, weil sonst

1) 79, 361. 2) Vgl. ob. S. 81 f., 86 ff. 3) 79, 361.

4) Übrigens auch dies nicht einmal durchgehends: sonst hätte Eisele 79, 383 nicht die *eadem causa* zwischen der *actio de recepto* und der *actio furti adv. nautas* verneinen dürfen.

5) 79, 367. 6) 79, 367.

überhaupt keine *eadem causa* vorläge. Solche Argumente, die die Notwendigkeit einer Causaidentität zwischen Delikts- und Kontraktsklagen von vornherein voraussetzen, brauchen nicht widerlegt zu werden. Sie werden erklärlich nur durch die Beobachtung, daß man die *eadem causa* in Konkurrenzfällen bisher nie besonders unter die Lupe genommen, sondern bald in der, bald in jener Tatsache gefunden hat, ganz wie es die gerade zur Erwägung stehende Quellenstelle auf den ersten Blick zu erfordern schien.[1]) Erkennt man aber, wie karg oft die speziellen (sachlichen oder sprachlichen) Anhaltspunkte für die Annahme oder Verneinung eines Konsumptionsverhältnisses sind[2]), so wird der Vorzug der Methode zu geben sein, die nicht aus diesen Anhaltspunkten sofort auf *eadem causa* schließt, sondern schon einen aus allgemeiner Quellenbetrachtung erschlossenen Begriff der *causa* an den überlieferten Ausspruch heranbringt, um an ihm deduktiv zu prüfen, ob die dort konkurrierenden Klagen überhaupt eine *eadem causa* besitzen können. Erst dann wird sich ergeben, ob und inwieweit die Ausdrucksweise im besonderen Falle ein Faktor ist, der nicht seinerseits Beweises bedürftig, sondern selbst fähig ist, Beweis zu liefern.

Alle Einzelheiten, an denen diese Methode sich erproben soll, müssen der speziellen Darstellung vorbehalten bleiben. Hier erübrigt noch die Prüfung, ob nicht aus gewissen allgemeiner redenden Zeugnissen vorweg ein Widerspruch zu unserem Ergebnis über die *causa actionis* entnommen werden kann.

a) Bei der Konkurrenz zwischen Vertragsklagen kann als *causa* nur der Vertragsschluß in Betracht kommen. Das folgt aus den obigen Ausführungen[3]) und entspricht der allgemeinen Meinung. Belege, die dem scheinbar entgegenständen, fehlen.

b) Bei der Konkurrenz zwischen Vertragsklagen und solchen, die *quasi ex contractu nascuntur*, beschränkt sich Eisele[4]) auf ein non liquet, wenn er mit Rücksicht auf Paul. D. 17, 2, 38, 1 und Ulp. D. eod. 43[5]) bald „Identität der die betreffende Verpflichtung auslösenden Tatsache" und folgeweise *eadem causa*, bald Verschiedenheit der *causa*, die er bei der einen Klage im Vertrage, bei der anderen

---

1) Folgen dieses Fehlers z. B. u. S. 160 N. 3, 287 N. 4, 310 N. 4, 418 N. 5, 495 N. 2, § 113. 2) S. z. B. ob. S. 66 N. 9. 3) S. 83 ff.
4) 79, 375. 5) Über sie u. § 106.

im „Quasikontrakt“ z. B. in der *communio* sieht, annimmt. Daß für uns nur die letztere Lösung annehmbar ist, braucht bloß bemerkt zu werden.[1]) Wird sie nicht aber durch Ulp. D. 44, 2, 5 unmöglich gemacht? Diese vielbehandelte Stelle lautet:

De eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re: ut puta si quis mandati acturus, cum ei adversarius iudicio sistendi causa promisisset, propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel condicat, de eadem re agit. recteque ita definietur eum demum ‚de ea re‘ non agere, qui prorsus rem ipsam non persequitur: ceterum cum quis actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis quam instituit, videtur ‚de ea re‘ agere.

Es wäre ein verzweifelter Versuch, gegen diese Stelle, die als Beispiele für Klagen *de eadem re*, also auch *de eadem causa* gerade konkurrierende Kontrakts- und Quasikontraktsklagen wählt, etwas auszurichten, wenn nicht, wie jetzt allgemein anerkannt[2]), die Inskription uns lehren würde, daß sie nicht die *exc. r. j. v. i. j. d.*, sondern die gegen das Vadimoniumsversprechen zulässigen Exzeptionen betrifft. Im Zusammenhang mit der Konsumption lassen sie also erst die Kompilatoren erscheinen. Trotzdem will man sie vielfach[3]) wenigstens mittelbar für die Prozeßkonsumption verwerten, offenbar in der Anschauung, daß Ulpian die *eadem res* hier wie dort in gleichem Sinne aufgefaßt haben werde. Aus der Methode des Ediktskommentars ließe sich dem sogar noch das Argument beifügen, daß der Begriff der *eadem res* bei Gelegenheit der weniger wichtigen *exceptio* deshalb behandelt worden wäre, weil sie im Edikt und demgemäß im Kommentar der Besprechung der Konsumptionseinrede vorangegangen sei. Die entsprechende Anwendung des übrigens schwerlich in ursprünglicher Gestalt vorliegenden[4]) Fragmentes auf die Konsumptionslehre scheitert jedoch an einem Doppelten:

1) Vgl. insbes. ob. S. 84 N. 8.

2) Vgl. P. Krüger, Proz. Kons. 64 N. 2; Lenel 481 N. 6; Kipp, Litisdenuntiation 116f.; Pernice III 225 N. 1; v. Mayr, Condictio 57; anders noch Bekker, ZSSt. 30, 12. 3) Anders mit Recht namentlich Kipp a. a. O.

4) Zumindest sind die Worte *sed etiam . . . tamen re* kaum mehr als breit (vgl. Krüger a. a. O. 64 N. 2), sondern schon als beschränkt zu bezeichnen: man möchte aber eher an Glossem als an Interpolation denken.

α. Gerade die *actiones mandati* und *neg. gest.* werden von Gaius D. 44, 7, 5 pr. unter Gegenüberstellung besprochen, und es wird gegensätzlich hervorgehoben, daß die ersteren Klagen *ex contractu*, die letzteren *neque ex contractu neque ex maleficio nascuntur*. Ebenda im § 3 betont er, daß der mit der *condictio indebiti* Belangbare nicht als ein *ex contractu obligatus* erscheine.

β. Der einzige Satz unseres D. 44, 2, 5, der wirklich etwas wie eine Begründung enthält, führt auf die allgemeinere Regel zurück, daß nur der nicht *de eadem re agere* „*qui prorsus rem ipsam non persequitur*". Diese Regel, die als einzig maßgebendes Kriterium die Identität des Klagziels aufstellt[1]) und die *causa actionis* als unbeachtlich beiseite läßt, zeigt, wie weit Ulpian von der Erörterung der Prozeßkonsumption entfernt ist. Aber es kann auch gar nicht wundernehmen, daß die *eadem res* hier diesen und dort jenen Inhalt aufweist. Für den das Vadimonium Promittierenden war nur das Ziel des Streites, zu dessen Begründung er dem Kläger verhelfen sollte, von Bedeutung[2]) und die *actio*, deren der Kläger sich bedienen würde, ohne Belang; auch konnte auf der anderen Seite dem Kläger nicht zugemutet werden, sich vor dem Ausgang des Verfahrens *in iure* über die Wahl der *actio* endgültig zu entscheiden. Eine derartig laxe Auslegung der *eadem res* im Sinne der Konsumptionsregel dagegen hätte den Kläger, der in dem Zeitpunkt, in welchem diese Auslegung praktisch wurde, seiner Wahlbefugnis bereits verlustig gegangen wäre, in Gefahren bringen müssen, die keine Rechtsordnung hätte ertragen können. Es hat seinen tiefen Grund, wenn der Kläger, dem nach dem Ergebnis des Verfahrens *in iure* eine aussichtslose Beweisführung über das Bestehen des Mandats bevorsteht, deshalb nicht rechtlos wird, sondern noch mit der *a. neg. gest.* vorzugehen vermag.[3])

Nicht mit so leichter Mühe ist die Schwierigkeit zu beseitigen, die durch Paul. 18 ed. D. 12, 2, 28, 4 verursacht wird:

Exceptio iurisiurandi non tantum si ea actione quis utatur, cuius nomine exegit iusiurandum, opponi debet, sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc iudicium deducatur, forte si ob actionem

1) Den Gegensatz *poenam* hat *rem ipsam* hier nicht. Vgl. auch Levy, Priv. 24 N. 3. 2) Vgl. Gai. IV 186.

3) Grundsätzliches über die Gefahren der zivilen Konsumption s. u. S. 120 f.

mandati, negotiorum gestorum, societatis ceterasque similes iusiurandum exactum sit, deinde ex isdem causis certum condicatur, quia per alteram actionem altera quoque consumitur.

Auch hier ist freilich die Erörterung der Prozeßkonsumption nicht Selbstzweck. Indessen sind die Schlußworte so zweifelsfrei, daß an der Heranziehung der Konsumption zwecks Erklärung des Anwendungsgebietes der *exc. iurisiurandi* nicht zu zweifeln ist. Ebensowenig ist ein Zweifel daran möglich, daß der überlieferte Text zwischen dem *certum condicere* einerseits und den *actiones mandati, negotiorum gestorum, pro socio* und den '*ceterae similes*' andererseits *eadem res*, also auch *eadem causa* annimmt und damit unseren Ergebnissen widerstreitet. Die verbleibende Frage besteht also darin, ob der überlieferte Text auf Paulus zurückzuführen ist. Die überwiegende Mehrheit auch der mit der kritischen Methode arbeitenden Schriftsteller[1]) hat bisher die Klassizität des Fragments nicht angefochten, Naber[2]), Trampedach[3]) und v. Koschembahr-Lyskowski[4]) haben nur das Wort *certum* angegriffen[5]), und bloß Eisele[6]) und Segrè[7]) haben kurz und ohne Begründung behauptet, „daß die Worte *forte si* bis *condicatur* interpoliert sind". Diese Behauptung ist — bis auf ein untergeordnetes Moment[8]) — richtig und, wie folgt, zu rechtfertigen.

Nimmt man das Fragment so, wie es dasteht, so muß man gegenüber dem *certum condicatur* Farbe bekennen. Daß eine auf rechtloses Haben gegründete Bereicherungsklage von einem Klassiker schlechthin als *certum condicere* bezeichnet worden sei, wird man unter keinen Umständen annehmen dürfen: der Zusatz *certum*[9])

---

1) Z. B. Alibrandi I 173; Lenel 227, Pal. zdSt.; Demelius, Schiedseid 23; Girard 492 N. 3, 612 N. 2 a. E.; v. Pokrowsky, ZSSt. 20, 125; v. Mayr, Condictio 57; Seckel-Heumann, *condicere* 88 Sp. 1; P. Krüger zdSt. Pernice hat die Echtheitsfrage mehrfach erwogen, in Labeo III 211 N. 2 (vgl. auch 225 N. 1, 232) erklärt er das Fragment für „schwerlich itp.", in ZSSt. 13, 252 N. 6 das *certum condicere* für „an sich so wenig verdächtig wie *incertum c.* in D. 8, 2, 35". Aber in letzterer Stelle ist *inc. c.* als itp. inzwischen nachgewiesen: vgl. Trampedach, ZSSt. 17, 150; H. H. Pflüger, ZSSt. 18, 85 f.; P. Krüger zdSt. 2) Mnemosyne 20 (1892), 193. 3) ZSSt. 17, 150.
4) Condictio als Bereicherungsklage II 44 N. 2.
5) Zweifelnd v. Mayr, ZSSt. 24, 268 f. 6) 79, 353 N. 28.
7) Studi Fadda VI 373 N. 1 (zweifelnd). 8) S. u. S. 105.
9) Der *certa pecunia* und *certa res* zusammenfassen würde: vgl. Lenel 227.

wäre dann ebenso überflüssig wie irreführend gewesen; denn mindestens war doch ein Teil der klassischen Bereicherungsklagen gerade auf ein *incertum* gerichtet.[1]) So nötigen jene beiden Worte, an eine Stipulation, Expensilation oder Darlehen zu denken. Dann aber erhebt sich ein neues Rätsel: daß eine *actio* aus einem solchen Rechtsgeschäft mit der *a. mandati* usw. konkurriere, mag noch hingehen; daß aber zwei Vertragsklagen dieser Art in *eadem causa* und *eadem re* stehen können, widerstreitet der allgemeinen Ansicht ebenso wie der unseren.[2]) Daraus hat denn die herrschende Meinung die Konsequenz gezogen und gefolgert[3]), daß Paulus nur die Bereicherungsklage gemeint haben könne: eine Folgerung, die in Wahrheit nur denen zugänglich ist, die das *certum* tilgen. Es fragt sich aber sehr, ob mit dieser kleinen Operation die Stelle kuriert ist. Von einer Bereicherung ist mit keinem Worte die Rede, und so muß sich denn Pernice dazu verstehen, ohne Anhalt in der Überlieferung „für den besonderen Fall eine Gestaltung des Gesellschafts- oder Mandatsverhältnisses vorauszusetzen, aus der eine Kondiktionsbefugnis im klassischen Sinne abgeleitet werden konnte". Schon diese Art moderner Harmonistik ist bedenklich. Das Bedenken steigt, wenn man bemerkt, daß damit einer beschränkten *eadem res* zwischen zwei Aktionen das Wort geredet wird, die es im klassischen Recht aus prinzipiellen Gründen nicht geben konnte und nicht gegeben hat.[4]) Hierzu gesellen sich einige Anstöße stilistischer Art. Die Wendung *certum condicere* ist nicht das einzige ἅπαξ λεγόμενον[5]), das die Stelle aufweist: *iusiurandum exigere ob actionem* kommt ebenfalls nur hier vor.[6]) Die unklare Wendung *ceterasque similes*, zu der man *actiones* ergänzen muß, erinnert stark an die als meist kompilatorisch erkannten Ausdrücke *similesque personae*[7]) oder *ceterique successores*.[8]) Auch steht sie zu dem ein-

---

1) Von dem gegenteiligen Standpunkt Pflügers, ZSSt. 18, 75 ff. ist ja auch v. Mayr, ebd. 24, 258 ff., 25, 188 ff., bes. 203 ff., 217, 231 (gegenüber Condictio 181 ff., 215 ff.) abgerückt; vgl. ferner namentlich Kipp, R.-E. IV 856 f.; H. Krüger, ZSSt. 21, 422 ff.; Stintzing, Beitr. z. röm. RGesch. 22 ff.; Lenel 151 ff.; Girard 616 N. 2. 2) Vgl. oben S. 100.

3) So namentlich Pernice III 232, Girard 612 N. 2 a. E.

4) S. u. S. 148 ff. 5) Vgl. Trampedach a. a. O., Lenel 227.

6) VIR. I 130.

7) Vgl. Kann, Klagenmehrheit bei einem Delikt 7; Longo, Bullett. 14, 150 ff. 8) Longo a. a. O.; vgl. dazu Mitteis, RPR. I 105 N. 28.

leitenden *forte*, das bloße Beispiele einführen will, in einem Gegensatz, der die mangelnde Schärfe des Gedankenganges kundtut. Sachlich verrät sie das dem klassischen Recht diametral zuwiderlaufende Bestreben, die Konkurrenz der *condictio* nicht auf einen speziellen Bereicherungsfall zu beschränken, sondern umgekehrt als eine allgemeine auszugeben. Und dazu paßt dann allerdings das vorhin verworfene *certum*. Folgt man unbefangen dem Geist der die Konkurrenz behandelnden Worte, so kommt man mit Notwendigkeit zu der *condictio certi generalis*, wie sie uns D. 12, 1, 9 pr. aufzeigt, d. h. zu einem rein justinianischen Gebilde. So sicher wie jeder Versuch, den Passus für Paulus zu retten, an den Worten *certum* und *ceterasque similes* scheitern muß, so sicher ist der Beispielssatz interpoliert. Man darf hier nicht einwenden, daß die Kompilatoren sonst bemüht gewesen seien, Konsumptionsverhältnisse zu verwischen, nicht neu zu schaffen. Daß sie einem irgendwie gearteten Konsumptionsverhältnis unter den hier zitierten Aktionen im Gegensatz zu den Klassikern geneigt waren, haben wir bereits aus D. 44, 2, 5 entnehmen können. Daß sie dabei an eine befreiende Wirkung der *l. c.* gedacht hätten, ist allerdings ausgeschlossen, aber in ihrem Sinne aus unserem Fragment auch gar nicht herauszulesen. Man darf vielmehr umgekehrt sagen, daß sie, hätten sie in dem Schlußpassus den Gedanken an die *l. c.* auch nur angedeutet gefunden, ihn sicherlich nicht unverändert gelassen haben würden. Der Schluß enthält in seinem Kerne zweifellos klassisches Recht, aber seine Anknüpfung ist durch den vorangehenden Einschub sehr wahrscheinlich alteriert worden. Es ist nämlich nicht richtig — und das muß an Eiseles und Segrès Interpolationsannahme ausgesetzt werden —, daß, wie das *quia* nahezulegen scheint, das Vorhandensein eines Konsumptionsverhältnisses zwischen zwei Klagen eine Voraussetzung für die Gesamtwirkung der *exc. iurisiurandi* darstellt. Wie die Beispiele in den folgenden Paragraphen erweisen, kommt es für die letztere Wirkung vielmehr auf die Worte des Eides an; nach ihnen und nicht nach der Natur der konkurrierenden Aktionen richtet sich hier die Beurteilung, ob *eadem quaestio*[1]) gegeben ist. Höchstens[2]) das ließ sich allgemein sagen, daß, wo *eadem quaestio*

1) So außer unserem Fragment D. eod. 28, 7 i. f.

2) Aber auch hier stets mit der selbstverständlichen Einschränkung, daß

in dem strengeren Sinne, wie ihn die Gesamtwirkung der *l. c.* erfordert[1]), vorhanden ist, sie auch für die Wirkung des Eides ausreicht.[2]) Darauf wird Paulus im Anfange der Darstellung über den Umfang der Wirkung der *exc. iurisiurandi* allerdings passend hingewiesen haben. Allen diesen Anforderungen würde er gerecht geworden sein, wenn er etwa geschrieben hätte: . . . *si modo eadem quaestio in hoc iudicium deducatur, forte*[3]) *si* . . . [Emblem] . . . *per alteram actionem altera quoque consumitur.* Wie aber auch die echte Fassung gewesen sei: daß die unseren Aufstellungen über die *eadem causa* widerstrebenden Worte nicht dem Paulus zugehören, dürfte dargetan sein.

c) Daß die *causa* einer Deliktsklage das Delikt ist, hat man[4]) niemals bestritten. Damit ist aber die Frage der *causa* bei konkurrierenden Deliktsklagen noch nicht ausgeschöpft. Nur für die „Realkonkurrenz" kommt man mit dieser einfachen Formulierung aus. Wie noch im heutigen Strafrecht Streit darüber besteht, ob trotz Handlungseinheit Verbrechensmehrheit vorliege oder ob die als ein Verbrechen aufzufassende eine Handlung nur mehreren Strafgesetzen unterworfen sei, so waren wohl auch die römischen Juristen in dem Gebrauch des Wortes *delictum* nicht ganz einer einhelligen Ansicht: während die herrschende Lehre, wie sie Hermogenian[5]) und ähnlich Gaius[6]) und Ulpian[7]) zum Ausdruck bringen, *unum delictum* mit dem einen tatsächlichen unerlaubten Faktum identifiziert und dem die *plures actiones* gegenüberstellt, würdigt Modestin[8]) eine einzige Handlung (*una res*) unter dem Gesichtspunkt mehrerer Delikte (*plura delicta*).[9]) Indessen steht der Begriff dieser Kon-

die Eidesnorm mit der *intentio* sachlich übereinstimmen müsse: vgl. z. B. die beiden Fälle von D. 12, 2, 26, 1 und dazu Lenel 277.

1) Dazu u. S. 125 N. 5.

2) Auch in D. eod. 30, 3 vergleicht Paulus Eid u. *l. c.*: dazu u. S. 396 ff.

3) *Forte* ist allerdings oft itp. (vgl. Eisele, ZSSt. 13, 139, Beitr. z. röm. Rechtsgesch. 236; Grupe, ZSSt. 16, 308; Levy, Sponsio 92 N. 2; Albertario, Riv. 52, 23 N. 2), aber keineswegs immer: vgl. auch Seckel, *forsan.*

4) Abgesehen von Bekkers früherem Versuch: s. ob. S. 81 N. 4.

5) D. 44, 7, 32 (u. § 117). 6) D. 9, 2, 32, 1 (u. S. 470 N. 6).

7) D. 11, 3, 11, 2 (u. S. 469 N. 1). 8) D. 44, 7, 53 pr. (u. § 122).

9) In Neraz D. 47, 10, 41 steht *iniuria* nebeneinander bald in der Bedeutung von beleidigender Handlung, bald in der Bedeutung des mehrfachen von dieser Handlung ausgehenden Erfolges der Beleidigung.

kurrenz fest[1]), und zwar in dem Sinne, daß die *causa* der Deliktsklage immer die natürliche Handlung ist, gleichviel ob sie rechtlich nur eine Charakterisierung oder die Bestrafung mittels mehrerer Aktionen[2]) zuläßt. Mehrere Deliktsklagen haben also dieselbe *causa* nicht nur, wenn dasselbe Delikt im engsten Sinne, sondern auch, wenn dieselbe Delikts- = Handlungseinheit ihnen zugrunde liegt. Das beweist die Gleichsetzung der *causae* der *actio arborum furtim caesarum* und der *actio leg. Aquil.* in Paul. D. 47, 7, 5, 1, wo an eine Einheit des Delikts im engeren Sinne nicht gedacht sein kann.[3]) Entsprechend führt Ulpian[4]) in D. 47, 23, 3 pr. die Konsumption auf das *idem factum* zurück[5]), und ebenso heißt es bei Paul. D. 44, 7, 41, 1 in dem sicher echten Anfang: *si ex eodem facto duae competant actiones.*[6]) Endlich sind die eben erwähnten Äußerungen von Hermogenian und Modestin nur verständlich, wenn ein einziges Faktum als einheitliche *causa* zugrunde gelegt wird; denn sonst wäre der Gedanke einer Prozeßkonsumption überhaupt nicht diskutierbar. Auch Neraz bei Ulp. D. 47, 10, 1, 9 faßt als Entstehungsgrund der Klagen, die die Beleidigung mehrerer Personen durch dieselbe Handlung sühnen sollen, diese Handlung auf, indem er sie als *una iniuria* bezeichnet.

d) Was die herrschende Ansicht über die *causa* bei der Konkurrenz zwischen Vertrags- und Deliktsklagen denkt, ist oben[7]) schon erwähnt worden. Ebenso ist aus dem Vorangegangenen unsere Meinung bereits ersichtlich: *causa* der Vertragsklage ist der Vertrag, der Deliktsklage das Delikt. Allgemeine Quellenstellen, die dem entgegenständen, sind uns nicht bekannt. In D. 19, 2, 43 wird z. B. höchst korrekt betont, daß *a. leg. Aquil.* und *a. locati* nur *eiusdem vulneris nomine* nebeneinander zustehen und die letztere Klage *ex locato* entspringe. Desgleichen bezeichnet in D. 17, 2, 49

1) Ebenso wie auch die Mehrheit der entspringenden Obligationen (nicht bloß der Aktionen) als regelmäßige Erscheinung keinem Zweifel unterliegt: vgl. namentlich die nur hiermit vereinbare Äußerung Hermogenians (s. u. § 117), aber auch Modestins Denkform *plura delicta*; s. ferner u. S. 109 N. 3, S. 113 N. 2.

2) Oder die Bestrafung mehrerer Täter: daraus erklärt sich die *eadem causa* bei Mittäterschaft; s. u. S. 283 f., 476 ff. 3) S. u. § 117.

4) Der ja auch in dem oben S. 84 zitierten D. 44, 7, 25, 1 die Deliktsklagen geradezu als *actiones ex facto* einordnet.

5) Vgl. dazu u. S. 395 f. 6) S. u. § 117. 7) S. 98 ff.

der Satz *si hoc facto societatem laesit*, wie nicht zu bestreiten ist, nicht die rechtliche Quelle der konkurrierenden *actio pro socio*, sondern die Voraussetzung ihrer gleichzeitigen Zuständigkeit. Und ganz dasselbe ist in unzähligen anderen Konkurrenzstellen gemeint, in denen es heißt, daß bei einem gewissen (meist in einen *si*-Satz gekleideten) Tatbestande sowohl die Delikts- wie die Kontraktsklage zustehe oder der Täter sowohl mit der einen wie mit der anderen *actio* hafte usw. Nichts anderes drückt aber auch Julian in D. 9, 2, 42 aus, wenn der Satzbau der Stelle ihn hinter der Erwähnung der Zuständigkeit der *actiones depositi* und *ad exhibendum* veranlaßt, der gleichzeitigen Zuständigkeit der *a. leg. Aquil.* mit den Worten: *legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit* zu gedenken. Das *competit* zeigt zur Genüge, daß hier *causa* in dem oben[1]) gekennzeichneten Sinne des Grundes für die Zuständigkeit d. h. für die Möglichkeit einer erfolgreichen Klage gebraucht ist.[2]) Von dem „Entstehungsgrund" der *actio leg. Aquil.* zu reden und damit indirekt die Entstehungsgründe der *actiones depositi* und *ad exhibendum* identisch zu nennen, dazu war um so weniger Anlaß, als das Wie der Konkurrenz[3]) hier überhaupt nicht zur Erörterung steht. Nur erwähnt zu werden braucht weiter, daß in Fragmenten wie etwa D. 13, 1, 16 und D. 13, 6, 14 die Worte *ex furtiva causa* sich nur auf die unmittelbar zuvor genannte, auf diese Weise meistens bezeichnete[4]) *condictio* (*furtiva*) und nicht auf die anderen dort genannten Klagen beziehen. Die letztere Stelle gibt übrigens zugleich einen Beleg dafür, daß auch von unserem Standpunkt aus *eadem causa* zwischen Kontrakts- und Deliktsklage vorkommen kann: die *causa* ist dieselbe dann, wenn das Delikt durch den Vertragsabschluß begangen wird.[5])

Ein Satz, der in diesem Zusammenhang zwar nicht erschöpft[6]), aber auch nicht übergangen werden kann, wird von Ulpian in D. 27, 3, 1, 21 überliefert:

---

1) S. 82 f.

2) Ebenso handelt es sich in dem ähnlichen Zusammenhange von D. 9, 2, 41 und D. 47, 2, 29 für Ulpian nur um die Zuständigkeit der *a. leg. Aquil.*, *a. ad exhib.*, *interd. qu. bonor.* usw.

3) S. ob. S. 17. 4) Vgl. unten S. 279 N. 6.

5) Zur Vertragsklage vgl. ob. S. 33 N. 1.

6) Vgl. u. S. 143 ff.

In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat. et ideo, sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio quod ad speciem istam perempta est.

Hier wird die zweifellose Deliktsklage *rationibus distrahendis* und die zweifellose Nichtdeliktsklage *tutelae* zweifellos auf dieselbe *causa* im technischen Sinne zurückgeführt. Der Grund liegt in der Eigenart der ersteren Klage; er kann deshalb nicht verallgemeinert werden.[1]) Denn die Anomalie greift noch weiter: nicht *ex una causa* entstammend werden die beiden Klagen bezeichnet, sondern sogar *ex una obligatione.* Wie vorhin[2]) betont, entspringt aus derselben *causa* eine *obligatio* und eine *actio.*[3]) Diesen Parallelismus durchbricht unser Fragment, wenn *obligatio* in dem gewöhnlichen Sinne als Schuldverhältnis verstanden wird. Um das zu vermeiden, hat man bisweilen das Wort *obligatio* mit „Obligierungsakt" übersetzt, also mit dem Wort *causa* verselbigt[4]), womit man dann durch eine Hintertür entgegen dem unterstrichenen Wortlaut des Fragments an Stelle der einen *obligatio* (im gewöhnlichen Sinn) deren zwei in die Stelle einführte: die Delikts- und die Nichtdeliktsobligation. M. E. tut man damit dem Fragment Gewalt an.[5]) Die eigenartige Erscheinung zweier Aktionen *ex una obligatione*[6]) darf nicht weggedeutet, sondern muß erklärt werden, und zu diesem Beginnen ermutigt gleichsam der Anfangssatz, der, wie mir scheint, in dem auffällig gesetzten *in tutela* und dem *constat* einen Ton darauf legt, daß es sich hier um einen seit langem als absonderlich bekannten Fall handele. Betrachtet man die Stelle ohne jedes Vorurteil ganz für sich, so besteht Ulpians Gedankengang darin, daß das *iure tutelam gerere*[7])

1) Über eine zu vermutende Parallele u. S. 114.

2) S. 85, 96.

3) Und zwar beide in gleicher Anzahl: s. darüber u. S. 113 N. 2.

4) So Savigny, Obligationenrecht I 14 N. k; Hartmann, Obligation 149 f.; Wlassak, Negotiorum gestio 70 N. 19; Eisele 79, 331 f.; dagegen, insoweit mit Recht (s. ferner u. S. 113 N. 2), Hellwig, Lehrb. I 267 N. 61.

5) Zu *obligatio* = Obligierungsakt s. u. S. 186 N. 1. Daß *unus* hier nur „ein einziger" und nicht etwa wie anderswo (s. u. S. 184) „ein und derselbe" bedeuten kann, macht der Gegensatz von *duas actiones* deutlich. Dieser Gegensatz ist offensichtlich; er würde aber einer Selbstverständlichkeit Platz machen, wenn man Ulpian sagen ließe, daß mehreren Obligationen, die identisch d. h. *de eadem re* sind, mehrere Aktionen entsprächen.

6) S. auch oben S. 27 f. 7) Vgl. Lenel 310; s. auch u. S. 220 f.

eine einzige *obligatio* erzeugt[1]), daß aber dieser *obligatio* nicht wie regelmäßig eine, sondern zwei Aktionen entsprechen. Das ist nun freilich ganz gewiß nicht in dem modernen Sinne aufzufassen, als erwüchsen aus der einen *obligatio* zwei Ansprüche, wie etwa aus dem heutigen Mietverhältnis der Anspruch auf Rückgabe der Mietsache und der Anspruch auf Mietzins entspringt. Ein solcher Gedanke würde ganz abgesehen davon, daß er den nicht vorhandenen Anspruchsbegriff voraussetzte[2]), daran scheitern, daß es unmöglich ist, für die *a. rat. distr.* einen Geltungsbereich zu entdecken, der nicht auch der *a. tut.* zugänglich wäre. Hier, wo die *actiones* ersichtlich in einen Gegensatz zur *obligatio* gebracht sind, tritt ihr materiellrechtlicher Gehalt zurück: es kommt in ihnen lediglich die Mehrheit der Klagerechte zum Ausdruck. Die Erklärung, aus welchem Grunde dasselbe Rechtsverhältnis, dieselbe *obligatio* mit zwei Klagerechten ausgestattet ist, ist dogmatisch nicht zu erbringen: um so leichter bietet sie sich aus historischen Tatsachen dar.[3])

Wie allgemein anerkannt[4]), gehört die *actio rationibus distrahendis* zu der Gruppe jener alten Strafklagen, die anderen Klagen als Vorläufer gedient haben und niemals eingeführt worden wären, wenn jene anderen Klagen damals bereits bestanden hätten. Der weitere Entwickelungsgang der alten Strafaktionen war ein verschiedener: während die Zwölftafelklage aus dem gewöhnlichen Depositum den Doppelformeln, die *actio legis Aquiliae ex capite secundo* der *actio mandati*[5]) das Feld räumte, erhielten sich die *actio depensi* trotz der *a. mandati*[6]), die sog. *actio auctoritatis* trotz der ädilizischen Klagen und der Ausdehnung der *actio empti*[7]), die *a. rat. distr.* trotz der *a. tutelae.* Hätte man nun das Verhältnis der beiden letzteren Klagen dahin bestimmt, daß man der *actio rat. distr.* als *causa* das Delikt der Unterschlagung des Tutors und der *a. tutel.* das *iure tutelam gerere* zugrunde legte, so wäre man dem Umstande,

1) S. auch Partsch, Negotiorum gestio 131 N. 2 zu unserem Fragment.

2) Vgl. ob. S. 81 f.

3) Das Folgende berührt sich, wie ich nachträglich sehe, zum Teil mit den Ausführungen Lewinsohns (ob. S. 8 N. 3) 45 ff.

4) Seit Ihering, Schuldmoment 29, 35 f.

5) Gai. III 216. — Lenel 193.

6) Gai. III 127, IV 22, 171. — Lenel 211.

7) Ulp. D. 21, 1, 31, 20; 21, 2, 37, 1; vgl. u. S. 114.

daß die *a. tut.* nicht nur zufällig und im konkreten Falle, sondern kraft ihrer Formel mit Rechtsnotwendigkeit auf den Tatbestand jenes Deliktes gleichfalls reagierte, nicht gerecht geworden.[1]) Noch entscheidender war wohl, daß, auch an sich betrachtet, die *a. rat. distr.* eine Deliktsklage in dem Sinne, daß sie eine einzelne Unterschlagung des Vormundes sühnen sollte, niemals gewesen ist. Anderenfalls hätte sie so oft kumulativ zustehen müssen, wie der Vormund Unterschlagungen begangen hatte. Das aber wird durch die Überlieferung ausgeschlossen. Altertümlich mit dem Dativ des Gerundivs benannt[2]), hat die *actio* die Funktion, den Judex nach Beendigung der Tutel in einem einheitlichen Verfahren[3]) zur Prüfung der Rechnungen[4]) und zur Kondemnation auf das Doppelte desjenigen *pretium rei*[5]) zu veranlassen, das der Mündel infolge des dolosen Verhaltens des Vormundes eingebüßt hatte. Aus dieser Begriffsbestimmung folgt auch zugleich, daß es durchaus nicht zutrifft, wenn man die *a. rat. distr.* nur auf Unterschlagungen reagieren läßt[6]). Nirgends ist uns überliefert, daß das für die Unterschlagung (= *furtum*) wesentliche Moment des Eigennutzes des Tutors für sie von Bedeutung ist, namentlich auch nicht in der einzigen uns erhaltenen Stelle, die die Passivlegitimation ex professo zum Gegenstande hat. Dort sagt Paulus (D. 27, 3, 2 pr.), daß *actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit*[7]). Und wie wenig er dabei an Unterschlagungsabsicht dachte, zeigt zum Überfluß der Eingang des folgenden Paragraphen, wo es heißt:

---

1) Daß man im römischen Recht von der historischen Rolle einer Klage im Verhältnis zu einer anderen auf gewisse spätere Eigentümlichkeiten schließen darf, zeigt Gai. IV 111 a. E.; in unserem Falle könnte man entsprechend sagen: die *causa* der *a. rat. distr.* wurde in der Tutel gefunden, *cum pro ea actione iudicium tutelae constitutum sit.*

2) Vgl. *decemviri legibus scribundis, actio communi dividundo*; vgl. auch Kalb, Juristenlat. (2. Aufl.) 18 ff. 3) D. 27, 3, 1, 24.

4) = *rationes distrahere*: s. Karlowa II 280; Lenel 310 N. 3; Peters, ZSSt. 32, 190 N. 4. 5) D. 27, 3, 1, 20.

6) So die herrschende Meinung: z. B. Savigny, System V 457, Windscheid II § 438 N. 8 und noch Lenel 310 und Girard 218, der den Namen der Klage für einen bloßen Euphemismus hält. Zutreffend Helssig, Konkurrenz 27 ff.

7) *Auferre* hat an sich nicht den Nebensinn der diebischen Absicht: vgl. Seckel-Heumann und die allgem. Wörterbücher.

quod si furandi animo fecit.[1]) Diesem Standpunkt entspricht es schließlich, daß Tryphonin[2]) aus dem *furari* sogar nur das *perfide agere* als erheblich heraushebt.[3])

Unter solchen Umständen war es unmöglich, die *actio rat. distr.* so wie etwa die *a. furti* aus einem einzelnen Faktum herauswachsen zu lassen; sie hatte vielmehr das ganze *agere* des Vormunds zur Grundlage. Allerdings nur insoweit es *perfide* war; denn als Deliktsklage reagierte sie nur strafend auf die Tatsache der Verletzung des Offiziums[4]), der *gestio*[5]) des Tutors, und das der *actio tutelae* zugrunde liegende Rechtsverhältnis der Tutel war ihr als solches nicht zugänglich. War dieses aber einmal anerkannt, so konnte man es bei der Betrachtung der *a. rat. distr.* so wenig ausschalten wie etwa das Rechtsverhältnis des Depositums bei der Behandlung der *formula depositi in factum concepta.*[6]) Dadurch wurde man unmittelbar dazu gedrängt, die *causa* sowohl der alten Deliktsklage wie die des neuen *bonae-fidei*-Judiziums übereinstimmend in dem als Rechtsverhältnis anerkannten *tutelam gerere* zu finden. Wie der Prätor *ex causa depositi* oder *ex causa commodati*[7]) jedesmal *ex una obligatione* zwei Formeln zur Verfügung stellt, von denen die eine die *causa* als Faktum, also mehr deliktisch[8]) faßt, so fußen auch die *a. rat. distr.* und die *a. tutel.* auf derselben *causa*: auch sie stammen *ex una obligatione*[9]), nämlich aus der *obligatio tutelae.*

Diese Auslegung des § 21 wird auf das entschiedenste unterstützt durch den folgenden § 22, wo es heißt:

---

1) Vgl. auch D. eod. 1, 22 init.

2) D. 26, 7, 55, 1, eine das Obige überhaupt beträchtlich unterstützende Äußerung; über sie u. § 128.

3) Vgl. auch Cic. de off. 3, 15, 61: *iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis.* 4) Karlowa II 280.

5) Peters, ZSSt. 32, 189; s. auch ob. S. 88. 6) Vgl. z. B. ob. S. 76.

7) Das *ex causa* ist aus dem Anfang von Gai. IV 47 entnommen.

8) Levy, Priv. 13 ff.

9) Der wesentliche Unterschied der verglichenen Fälle beruht darin, daß die ältere Klage sich hier als besondere *actio* erhalten hat, während für das Depositum und Kommodat eine einheitliche *actio* entstanden ist und die historische Verschiedenheit nur noch in der Zweizahl der Formeln nachklingt. Dem entspricht der Charakter der auf beiden Gebieten bestehen gebliebenen praktischen Verschiedenheiten: dazu u. S. 146 f. Eine von ihnen ist: hier wahre Aktionenkonkurrenz, dort bloße Formelkonkurrenz (vgl. ob. S. 27 f.).

Hunc tamen tutorem, qui intercepit pecuniam pupillarem, et furti teneri Papinianus ait: qui etsi furti teneatur, hac actione conventus furti actione non liberatur: nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat plures esse actiones eiusdem facti, sed plures obligationes: nam et tutelae et furti obligatur.

Wäre das Stück von *nec enim* ab losgelöst auf uns gekommen, so würde man nicht daran haben zweifeln können, daß hier von der *a. furti* und der *a. tutelae* die Rede gewesen sei. Wenn nun Ulpian, wie der Zusammenhang außer Frage stellt[1]), nicht von der *a. tutelae*, sondern von der *a. rat. distr.* gesprochen hat, so läßt sich daraus abnehmen, wie nahe beide Klagen verwandt sind. Hier wird zweimal die der *a. rat. distr.* korrespondierende Obligation als *obligatio tutelae* ausdrücklich bezeichnet und auf der anderen Seite davor gewarnt, die *causa* der *actio* in dem Faktum der Unterschlagung zu sehen. Denn nichts anderes kann es bedeuten, wenn Ulpian die *eadem obligatio* der *a. rat. distr.* und der *a. furti* verneint: wenn er technisch so korrekt wie möglich betont, daß zwischen ihnen nicht das (im § 21 behandelte) Verhältnis: *plures actiones, una obligatio*, sondern das[2]) Verhältnis: *plures actiones, plures obligationes* bestehe.[3]) Diese klare Gruppierung hätte längst Zweifel wecken sollen[4]), ob die *a. rat. distr.* wirklich nur eine nach verschiedenen Richtungen in ihrem

1) Anders Segrè, Studi Fadda VI 380 N. 2.

2) regelmäßige: dieses gilt fast allgemein, soweit historisch nicht verwandte Klagen konkurrieren (vgl. auch ob. S. 28 N. 1), z. B. auch in dem von Hellwig, Lehrb. I 263 N. 61 (vgl. dazu Anspruch 97, Last, Anspruchskonkurrenz 141) gewählten Beispielsfalle D. 44, 7, 34 pr.; sonst würde die (prinzipielle) Kumulation mehrerer solcher Klagen unmöglich gewesen sein (vgl. einstweilen ob. S. 107 N. 1, 109 N. 3, u. S. 120). Das Nähere wird sich im Abschn. III ergeben.

3) Ähnlich — und gewiß nicht nur aus Zufall — Paulus in D. eod. 2, 1: *utraque actione o b l i g a t u r*; s. dazu u. § 64.

4) Statt dessen haben sich die Zweifel in die Richtung gewandt, daß die zweite Hälfte des § 22 itp. sei. Die Gründe von Kann, Klagenmehrheit 63 beruhen auf einer Verkennung des wahren Sinnes, die von Bonfante wären, falls sie nur die Verwendung des *ut* rügen sollten (vgl. Albertario, ZSSt. 32, 313 N. 3), ganz unzureichend. Die von Albertario nicht näher zitierten Ausführungen Bonfantes habe ich bisher nicht ermitteln können. Die von B. mitbesorgte Digestenausgabe (1908) beanstandet nichts. M. E. bietet die Stelle nicht den mindesten Anstoß; allenfalls ließen sich die letzten 6 Worte als überflüssiges Glossem streichen.

Wirkungskreise beschränkte Diebstahlsklage sei. In Wirklichkeit verhält sie sich in bezug auf ihre *causa* zur *a. tutelae* nicht anders als die *formula depos. in fact.* zur *formula depos. in ius concepta.* Wenn sie sich im übrigen ihren ursprünglichen Charakter als Deliktsklage (und deshalb auch ihren besonderen Namen) erhalten hat, so liegt das anscheinend daran, daß man sich dieses kräftigen Mittels gegen ungetreue Tutoren nicht berauben wollte.

Ähnlich mag sich die Gewährschaftshaftung beim Kauf entwickelt haben.[1]) Auch die wegen mangelnder oder nicht erfolgreicher Erfüllung der Defensionspflicht (gleichfalls) auf das Duplum gehende sogenannte *actio auctoritatis* entspringt nicht aus einem typisch deliktischen Tatbestand, sondern schlechthin aus der Manzipation einer dem Veräußerer nicht gehörigen Sache.[2]) Nicht einmal subjektives Verschulden des Manzipanten setzte hier die Verurteilung voraus.[3]) Wenn nun später die *actio empti* dem Erwerber die nötige Deckung gewährte[4]), so war deren *causa* die *emptio venditio*, nicht der dingliche Übereignungsakt, und denkbar wäre es deshalb angesichts der schweigenden Quellen, daß man sich vor einer Verwischung dieses Gegensatzes gescheut hätte. Aber auf der anderen Seite war doch die Verwandtschaft beider *causae*, die sich beim Barkauf bis zur äußeren Identität steigerte, nicht zu verkennen, und auch hier umfaßte schließlich das *bonae fidei iudicium* den durch die Deliktsklage wirtschaftlich angestrebten Erfolg mit Rechtsnotwendigkeit. So würde man es sich erklären können, wenn das Verhältnis der *actiones auctoritatis* und *empti* ähnlich aufgefaßt worden wäre, wie wir es heute in fr. 1 § 21 cit. lesen, wenn man also auch *in auctoritate ex una obligatione duas esse actiones* anerkannt hätte. —

Diese Ausführungen werden unten bei der Behandlung der Konkurrenz[5]) weitere Beleuchtung finden. Einstweilen sollten sie

1) Auch Rabel, RPR. 455 stellt jetzt beide Aktionen zusammen; vgl. auch schon Dernburg, Kompensation, 2. Aufl., 56.

2) Vgl. namentlich Pernice, Lab. III 115 ff.; Lenel 518, bei Holtzendorff-Kohler, 2. Aufl., 312; Rabel, Haftung des Verkäufers I 8 ff., RPR. 465; s. auch Girard 556 N. 2.

3) S. noch Partsch, ZSSt. 33, 601 f.; Haymann, Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung 43 N. 1.

4) Vgl. ob. S. 110 N. 7. 5) S. 143 ff.

nur klarstellen, daß das Beispiel der beiden altertümlichen Aktionen für andere Deliktsklagen nicht verwertet werden kann, weil die *causa* dieser Aktionen in einem Faktum nicht liegt.

e) Für die Konkurrenz von *actiones in personam* und *actiones in rem* gibt es allgemeinere Belege über die *causa actionis* nicht. Unser Ergebnis, daß die *causa* der ersteren der Kontrakt oder das Delikt usw., die der letzteren das Eigentum oder sonstige dingliche Recht sei, kann daher erst später auf seine Beweisbarkeit geprüft werden. —

Die vorstehend besprochenen Konkurrenzen gehörten sämtlich dem Gebiet der Aktionenkonkurrenz im engeren Sinne an, weil es galt, den Gedanken abzuwehren, daß die *causa* der *actio* a durch das Danebentreten der andersartigen *actio* b beeinflußt werden könne. Im Gebiet der Personenkonkurrenz, bei der zwei gleichartige Aktionen miteinander konkurrieren, müßten die Schriftsteller, die die *causa actionis* nur in der Relation zwischen zwei Klagen entdecken zu können meinen, strenggenommen überhaupt auf die Feststellung der *causa* verzichten. Von unserem Standpunkt aus versteht es sich von selbst, daß die *causae actionis* in abstracto hier überall übereinstimmen. Der Ton kann daher hier nicht darauf liegen, worin die *causa* besteht, sondern nur darauf, welcher Umstand an sich übereinstimmende *causae* zu *eaedem causae* macht. Das aber ist aus dem Wesen des einzelnen Klagtypus nicht zu gewinnen und deshalb an dieser Stelle noch nicht zu berühren.[1])

II. Dasselbe Ziel.

§ 8. a) Allgemeines: Actio und praestatio.

Die Frage nach dem Ziel einer Klage erscheint in den Quellen nicht wie die nach der *causa* einheitlich und geschlossen. Das Problem doppelt sich entsprechend dem zwischen *actio* und *praestatio* bestehenden Dualismus, den das klassische Recht bis zuletzt nicht überwunden hat.

Durchaus im Vordergrund steht naturgemäß[2]) die Betrachtung, die, auf dem Aktionenbegriff fußend, aus dem Wesen des einzelnen Klagtypus erschließt, ob Entschädigung des Klägers oder Bestrafung

1) S. darüber u. S. 174.

2) Vgl. auch Levy, Privatstrafe 1.

des Beklagten das Ziel ist. Dieses Ziel ist genau wie der Klaggrund für jede *actio* in abstracto ein für allemal feststellbar und unabänderlich. Ob die Entscheidung in diesem oder jenem Sinne fällt und in welchen inneren Erwägungen oder praktischen Folgen sie sich äußert, habe ich in der Abhandlung „Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht" darzustellen versucht. Darauf wird hier verwiesen.

Aber mit jenem Gegensatz ist die Lehre vom Klagziel nicht erschöpft. Nur die Strafe ist eindeutig. In den Bereich der *rei persecutio* fällt neben der Leistung von Schadensersatz und Herausgabe der Bereicherung die Erfüllung, und diese selbst weist nach Art und Objekt mannigfache Nuancen auf. Wollte man sich nichtsdestoweniger dabei beruhigen, als den Zweck etwa der *actio empti* lediglich die Erfüllung aller nach Vertrag oder allgemeinem Kaufrecht dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen zu bezeichnen[1]), so wäre damit im Grunde bloß der Reflex der *causa actionis* genannt. Die Erfassung des Zieles gelingt hier nur, wenn man die einzelne vom Kläger verlangte Leistung ins Auge faßt. Dieser Begriff der Leistung, der *praestatio*, war der klassischen Jurisprudenz, wie Gai. IV 131 zeigt, nicht unbekannt. Wenn er nicht subtil ausgebildet worden ist, so lag das daran, daß er ein dem Aktionenrecht fremdes Element enthält, das sich wie in jeder höherstehenden Rechtsordnung zwar Beachtung erzwang, aber nicht als derartig organisch empfunden wurde wie in einem auf dem Anspruchsbegriff[2]) fußenden Rechtssystem.

1) So z. B. von Koschembahr-Lyskowski, Condictio II 3: „Sind also ... die rechtlichen Grundlagen der *condictio* und der Kontraktsklage verschiedene, so sind natürlich auch die Ziele der beiden Klagen verschieden."

2) Über dessen Fehlen ob. S. 81 f., 86 ff. — Wenn Mitteis, RPR. I 91 f. die Konzession macht, daß die Vorstellung des persönlichen „Anspruchs" auch den Römern oft entgegengetreten sei, so geht m. E. auch das zu weit. Was die Römer berücksichtigten und berücksichtigen mußten, war nur das, was wir heute das Objekt des Anspruches nennen, eben die *praestatio* oder *id, quod in iudicium venit.* Dieses erreichte der Gläubiger aber ausschließlich mittels der *actio,* des Judiziums, nicht mittels eines Anspruches. Das *praestari oportet* (Leistenmüssen) wird von Gai. IV 131 bezeichnend mit *in praestatione est* identifiziert: es ist ein quantitativer Bestandteil des *dare facere* (*praestare*) *oportere,* der sich in aller Regel nicht einmal buchstäblich präzisieren und der somit diejenige Individualität vermissen läßt, von der

Das braucht nur an dem von Gaius IV 131 a gegebenen Beispielsfall beleuchtet zu werden, in dem der Käufer *de fundo mancipando* klagen will. In diesen Worten ist das Ziel der zu erhebenden Klage korrekt bezeichnet. Seiner Erreichung widersetzt sich jedoch das Aktionenrecht nach doppelter Richtung hin: einmal insofern es dem obsiegenden Käufer nicht die Erwirkung der Manzipation, sondern nur die Beitreibung einer Geldsumme ermöglicht; ferner insofern die einer derartigen Spezialisierung unzugängliche *intentio* die Konsumption der *totius illius iuris obligatio* herbeiführt, ohne Rücksicht darauf, daß der Käufer nur die Manzipation verlangen wollte, vielleicht einstweilen auch nur verlangen konnte. Die erstgenannte Vernachlässigung des Leistungsbegriffes blieb die ganze klassische Zeit hindurch stehendes Recht, der letzteren wurde durch ein jeder *elegantia iuris* ermangelndes Verfahren entgegengewirkt, indem die Parteien durch *praescriptio* der verlangten Leistung rein äußerlich die Tragweite der nur auf das ganze Schuldverhältnis des Kaufes eingestellten Formel einschränkten.[1] [2] Aber so wenig empfand man das beinahe Gewaltsame dieses Vorgehens,

---

allein die Kategorie des „Anspruches" ihren Ausgangspunkt nehmen könnte. Die adjektizische Haftung des Vaters in den von Mitteis (N. 61 daselbst) angeführten Fragmenten hat (wie immer) die gesamte *obligatio* des *filius*, keinen bloßen Anspruch zum Gegenstande. — Vgl. allgemein etwa Rotondi, Bull. 24, 112 ff.; v. Mayr, Röm. RG. IV 117 f.

1) Vgl. neuerdings Wlassak, ZSSt. 33, 95 ff. 134.

2) Ob der Prätor sich unter normalen Umständen je der Genehmigung einer vom Kläger begehrten *praescriptio* widersetzt haben wird? Das Beispiel in Gai. IV 131 a zeigt, daß die *praescriptio* keineswegs von einer Zwangslage des Klägers abhängig war, daß sein bloßer Wunsch (*volimus, volentibus*) nach einstweiliger Teilgeltendmachung genügte (vgl. auch Keller, Litiskontestation 526 N. 2, 527 f.). Ebensowenig hat sich die *praescriptio* auf die Fälle qualitativer Teilung beschränkt: wie der Käufer gemäß Gai. IV 131 a, so konnte sicherlich umgekehrt der Verkäufer präskribieren: *ea res agatur de parte pretii dimidia praestanda.* Der Beklagte wird in der Regel gegen das Weniger der Belangung nichts einzuwenden gehabt haben. Inwieweit man die Teilbelangung allgemein hintanzuhalten strebte, läßt sich aus dem engen Anwendungsbereich (*intra eiusdem praeturam*) der *exc. litis dividuae* (Gai. IV 122) einigermaßen erschließen. Die durch diese *exceptio* aufgerichtete Schranke wendet sich auch gar nicht gegen die Loslösung einzelner *praestationes* an sich, sondern nur gegen die Prozeßzersplitterung überhaupt: das beweist die Existenz der Zwillings-*exceptio rei residuae.*

das fast Widerspruchsvolle[1]) einer mit derartiger *praescriptio* ausgestatteten Formel, daß man dort, wo diese Mißlichkeiten sich nicht geltend machten, nämlich gegenüber einer *intentio certa*, geradezu Schwierigkeiten sah. Statt es willkommen zu heißen, daß der Gläubiger, der *decem* stipuliert hat, mit der *a. certae creditae pecuniae* unbeschadet seiner weiteren[2]) Rechte bloße *quinque* geltend machen könne, erblickte man darin eine Unstimmigkeit des Formelwesens gegenüber der Einheit der *obligatio*[3]) und legte sich das Resultat so zurecht, daß man[4]) den bedenklichen und konsequent gar nicht durchzuführenden Satz[5]) aufstellte: *tot esse stipulationes quot summae sunt, totque esse stipulationes quot species sunt.* Die Zurückhaltung gegenüber dem Anspruchs- und Leistungsbegriff kann weiter nicht getrieben werden.

Für unsere Aufgabe muß die Erkenntnis genügen, daß man der einzelnen *praestatio* auf diesem oder jenem Wege hinsichtlich der prozessualen Konsumption vielfach[6]) Berücksichtigung schaffen und daran das Prinzip der *condemnatio pecuniaria* wie die Gestaltung der *condemnatio* überhaupt[7]) nichts ändern konnte. — Das führt zu folgendem Dualismus. Der Charakter der Kondemnationssumme[8])

---

1) Denn wenn nur hinsichtlich des *fundus mancipandus* die *lis* kontestiert wurde, so blieb von dem charakteristischen *quidquid . . . dare facere oportet ex fide bona* nur noch wenig übrig.

2) gleichfalls (oben S. 117 N. 2) nur durch die *exc. litis dividuae* eingeschränkten. 3) Vgl. hierzu ob. S. 81 N. 8.

4) Ulp. D. 45, 1, 29 pr.; D. 21, 2, 32. Der Satz geht mindestens auf Sabinus zurück: vgl. F. Schulz, Sabinusfragmente 88.

5) Vgl. Ulpian selbst D. 45, 1, 29 pr.: *per singulos denarios singulas esse stipulationes absurdum est.* Man bedenke auch, daß die Konsequenz geboten hätte, so oft *litem* zu kontestieren, als kleinste Einheiten in einer Stipulationssumme vorhanden waren. Nicht einmal bei der Rentenstipulation (vgl. Gai. IV 131) hat der Satz Wirksamkeit geäußert.

6) Allerdings nur soweit die *praestatio* eindeutig beschrieben werden und deshalb in einer *praescriptio* Platz finden konnte: vgl. dazu ob. S. 92. — Soweit dies nicht der Fall war, mußte die Mehrheit der Klagziele unbeachtet bleiben, weil die auf *quidquid* . . . gestellte *intentio* sämtliche denkbaren *praestationes* in sich faßte und zur Konsumption brachte. Aus diesem Grunde kann aus der materiellen Mehrheit der Klagziele allein eine Einschränkung der Konsumption nie gefolgert werden; stets muß die Berücksichtigung der *intentio* hinzutreten (vgl. ob. S. 88 N. 1). — Wegen D. 44, 2, 22 s. ob. S. 95 N. 4.

7) S. ob. S. 82 f. 8) Und nicht etwa der Charakter der im Restitutionsbefehl dem Beklagten angesonnenen Leistung: Levy, Privatstr. 74.

gibt den Ausschlag, wo es die der *actio* immanente Natur als Straf- oder Sachverfolgungsklage zu erkunden gilt. Über das konkrete Begehren in einem speziellen reipersekutorischen *iudicium* dagegen sagt die *condemnatio* nichts aus. Hier kommt es auf die *praestatio* an, deren Objekt und Inhalt (Was und Wie) lediglich in der durch *praescriptio* oder *demonstratio* gegebenenfalls präzisierten *intentio* zum Ausdruck gelangt. Das Klagziel *de fundo mancipando* ist ein anderes als das Ziel *de vacua possessione* (*fundi*) *tradenda*, weil zwar das Objekt der Leistung, aber nicht ihr Inhalt identisch ist. Umgekehrt scheitert die Identität des Klagziels an der Verschiedenheit des Objekts, wenn es sich das eine Mal *de Sticho mancipando*, das andere Mal *de Pamphilo mancipando* handelt. Diese Sätze werden grundsätzlich auch nicht dadurch berührt, daß nicht eine Spezies, sondern eine auf Geld oder anderes gerichtete Gattungsschuld in Frage steht. Nur der Beweis der Objektsidentität, der wenn nicht aus den Abreden der Parteien aus den gesamten Umständen des Falls, bisweilen auch aus der Einheit der *causa* zu entnehmen ist, kann hier Schwierigkeiten bereiten.

§ 9. b) Anwendung auf Konkurrenzfälle.

Der Berührungspunkt der das Verhältnis von Ersatz und Strafe untersuchenden Lehre zu der der Aktionenkonkurrenz liegt im Klagziel und nicht im Klaggrunde. Hieraus erwächst die Mahnung, überall da, wo das Ziel konkurrierender Aktionen geprüft werden soll, von Ersatz- und Strafklagen und nicht von Kontrakts- und Deliktsklagen zu sprechen.[1]) Das ist um so strenger zu beachten, als die beiden Rubrikreihen gar nicht ausnahmslos zusammenfallen[2]) und viele Aktionen weder *ex contractu* noch *ex delicto* stammen.

Unmittelbar aus der Verschiedenheit von Ersatz und Strafe ergibt sich zunächst nur die Folge, daß, wo eine Ersatzklage mit einer Strafklage konkurriert, das Ziel ein verschiedenes und *eadem res* daher zu verneinen ist. Die übrigen Resultate bedürfen der Mitberücksichtigung des aus dem Wesen von Ersatz und Strafe zu erschließenden[3]) Momentes, daß die Strafe auf Kumulation drängt, weil die eine Bestrafung durch die andere nicht berührt wird, der Ersatz dagegen auf Konsumption, da er nicht mehr als einmal ge-

1) Vgl. Levy, Priv. 138 N. 2. 2) Levy 15 N. 1. 2. 3) Levy 2 f.

leistet werden kann. Der Ersatz ist also konsumptionsfreundlich, die Strafe konsumptionsfeindlich. Daraus ist die Vermutung abzuleiten, daß auch da, wo zwei Strafklagen miteinander konkurrieren, der Regel nach[1]) schon die Verschiedenheit des Zieles die *eadem res*[2]) ausschließen wird und daran die etwaige Einheit der *causa* nichts wird ändern können. Dies muß entsprechend dem Grundsatz von der Wesensgleichheit der Aktionenkonkurrenz und der Personenkonkurrenz[3]) nicht nur dann gelten, wenn zwischen denselben Personen zwei verschiedene *actiones poenales* gegeben sind, sondern auch dann, wenn dieselbe *actio poenalis* sich gegen mehrere Personen richtet. Handelt es sich dagegen um Erfüllungs- oder Ersatzklagen, so ist, falls die konkrete *praestatio* identisch ist[4]), Zielidentität gegeben, und es fällt daher die Frage nach der *eadem res* mit der nach der *eadem causa* zusammen.

Nur in diesem letzten Falle gilt ja auch, wie hier ergänzend bemerkt sei, der gleichfalls Zielidentität voraussetzende[5]) Satz *singulas obligationes singulae causae* (*actionum*) *sequuntur* (D. 44, 2, 14, 2), nach dem die Anzahl von *causae actionum* jeweils der Anzahl zuständiger Obligationen- (und Aktionen-)typen entspricht: aus einem Mietvertrage kann nur die eine *obligatio locati conducti* erwachsen. Dagegen ermöglicht im Gebiet der Strafklagen die kumulierende Tendenz der Strafe eine Häufung von Obligationen trotz Einheit der *causa actionum*: aus dem *unum factum* „*qui servum alienum iniuriose verberat*“ leiten die Juristen, auch soweit sie von gesonderten Delikten nicht sprechen[6]), zwei selbständige Obligationen her, von denen sowohl die des *damnum iniuria datum* wie die der *iniuria* den Täter zur Strafleistung obligiert: *singulae causae* „folgen“ hier den *singulae obligationes* nicht. —

Bei der allgemeinen Darlegung über das Vorkommen von *eadem causa* in Konkurrenzfällen sind wir zu Ergebnissen gelangt, angesichts derer die Entstehung einer *eadem res* hier verhältnismäßig selten möglich erscheint.[7]) Diese Annahme wird durch unsere nun für die Identität des Zieles aufgestellten Sätze noch erheblich verstärkt,

1) Näheres ergibt die Zusammenfassung u. § 123.
2) Anders steht es natürlich mit der judizialen Konsumption (S. 121).
3) Oben S. 16. 4) S. ob. S. 116 ff., u. S. 174.
5) S. ob. S. 96 f. 6) Ob. S. 106 f. 7) Ob. S. 100 ff.

wenn man daran denkt, daß, wie anderwärts dargelegt[1]), bei weitem die Mehrzahl aller Klagen auf Strafe gerichtet ist. Manchem mag damit die Errungenschaft, die in der Erkenntnis der Verwertbarkeit der Konsumptionsregel liegt, geschmälert scheinen. Zu einem gewissen Grade trifft das auch zu. Indessen ist ein Doppeltes zu beachten. Einmal ist es verständlich genug und nur ein Zeichen gesunder Rechtspolitik, wenn die Römer in der Ausdehnung ihres für den Kläger höchst gefährlichen Konsumptionsgrundsatzes über das Gebiet der Klagenidentität (des *agere eodem modo*) hinaus die äußerste Zurückhaltung bewahrten und sich niemals zu einer (ihnen jetzt allgemein zugemuteten) Rechtsübung verstanden, die etwa die *a. leg. Aquiliae* als konsumiert betrachtete, sobald über die gegen den Täter gerichtete *actio commodati lis* kontestiert ist. Ferner aber mußte gerade das Zurücktreten des zivilrechtlichen Satzes ein desto weiteres Feld für die Betätigung des Magistrats und des *officium iudicis* schaffen, die eine verständige Regelung der Konkurrenzen vermitteln konnten, ohne einerseits von den strengen Voraussetzungen der *eadem res* abhängig und andererseits an die Verknüpfung der Konsumption mit der *litis contestatio* gebunden zu sein.

§ 10. **C. Disposition.**

Hiermit ist der Boden bereitet, auf dem die Einzelbetrachtung weiterbauen kann. Sie hat das doppelte Ziel, innerhalb der abgesteckten Grenzen in die Behandlung der Aktionenkonkurrenz im weitesten Sinne einzuführen und zugleich die obigen allgemeinen Aufstellungen zu bestätigen. Die Einteilung ergibt sich aus dem Gesagten leicht. Im ersten Abschnitt sind die Fälle zu erörtern, in denen *eadem res* vorliegt und demgemäß von Zivilrechts wegen Konsumption eintritt (zivile Konsumption).[2]) Der zweite Abschnitt behandelt Tatbestände, in denen es an *eadem res* mangelt und deshalb die eine Klage die andere nicht berührt (ungehemmte [endgültige] Kumulation). Im dritten Abschnitt folgen die Fälle, in denen *eadem res* zwar gleichfalls nicht gegeben ist, aber der Kumulation durch die Organe der Rechtspflege (Prätor, Judex) entgegengewirkt wird (prinzipielle Kumulation, aber prätorische[3]) oder judiziale Konsumption). Daran schließen sich endlich im vierten Ab-

1) Privatstrafe 11 ff. 2) S. ob. S. 74. 3) S. ob. S. 74.

schnitt die Fälle, in denen eine Konsumption nur scheinbar vorliegt, während in Wirklichkeit die an sich begründete Kumulation durch Umstände gehindert wird, die mit dem Recht der Klagenkonkurrenz nichts zu tun haben (konsumptionsähnliche Wirkung gewisser Leistungen). Innerhalb der einzelnen Abschnitte vollzieht sich die Gliederung nach der Art der Konkurrenz[1]), und zwar in der Weise, daß zuerst die Aktionenkonkurrenz im engsten Sinne, alsdann die passive Personenkonkurrenz, hierauf die passive doppelte Konkurrenz, demnächst entsprechend die aktive Personenkonkurrenz und schließlich die aktive doppelte Konkurrenz besprochen wird.

1) Vgl. ob. S. 13 f.

Besonderer Teil.

Erster Abschnitt: Die zivile Konsumption.

I. Aktionenkonkurrenz (im engeren Sinne).

§ 11. 1. Rei vindicatio ∽ hereditatis petitio.

An erster Stelle hat hier der Fall Platz zu finden, der schon den klassischen Juristen als das Musterbeispiel einer *eadem quaestio* zwischen *eaedem personae* bei *alio genere iudicii*[1]) erschienen ist. Inhaltlich vollkommen, wörtlich fast völlig übereinstimmend und nur an der zweiten Stelle etwas ausführlicher referiert Ulpian im Ediktskommentar gelegentlich der *hereditatis petitio* (Buch 15: D. 44, 2, 3) und nochmals bei der *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* (Buch 75: D. 44, 2, 7, 4) den Konsumptionsgrundsatz des Julian[2]), worauf er mit *et ideo* den Fall wechselseitiger[3]) Konkurrenz der *hereditatis petitio* und der *rei vindicatio* anknüpft. In D. 44, 2, 7, 4 heißt es:

Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere iudicii. et ideo si hereditate petita singulas res petat vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur.

Allerdings hat man bis in die neueste Zeit[4]) deshalb, weil nicht

1) Hierzu ob. S. 77 N. 1.

2) Drittes Buch der Digesten: dazu Lenel 97 N. 7.

3) Jede Konkurrenz ist an sich wechselseitig; denn wenn die *actio* a mit der *actio* b konkurrieren kann, so kann es auch b mit a. Aber nicht jedes Fragment behandelt sowohl den einen wie den anderen Konkurrenzfall, und für die Entscheidung ist es, wie wir noch sehen werden, keineswegs gleichgültig, ob zuerst die *actio* a oder die *actio* b erhoben wird. Deshalb unterscheiden wir mittels der Zeichen + und ∽, ob eine Stelle die Konkurrenz einseitig oder wechselseitig bespricht. Vgl. vorn das Verzeichnis der Abkürzungen.

4) Vgl. z. B. noch Girard 1041 N. 3, v. Böttinger, Exc. rei iudicatae (Heidelb. Diss. 1907) 20 ff. Richtig hingegen z. B. Alibrandi I 183, Segrè, St. Fadda VI 373 N. 1, Siber 155.

der Terminus *eadem res*, sondern *eadem quaestio* verwandt ist, Julians *definitio* als Rechtskraftregel aufgefaßt und dementsprechend die Funktion der *exceptio* als die sog. positive erachtet. Indessen wie man sich auch zu der Frage stellen mag, ob dem klassischen Ordinarverfahren der allgemeine Gedanke einer materiellen Rechtskraft geläufig war[1]): durchaus unwahrscheinlich ist es, daß dieser Gedanke durch die *exc. rei iudicatae* verwirklicht worden sei.[2]) Daß mit ihm die *replicatio de re secundum actorem iudicata* nichts zu schaffen hat, diese vielmehr nur dazu berufen ist, eine aus prokulianischen Anschauungen heraus allzu leicht gewährte (negativ funktionierende) *exceptio r. i. v. i. i. d.* zu paralysieren[3]), haben fast gleichzeitig Erman[4]) und Gradenwitz[5]) m. E. zur Gewißheit erhoben. Darüber hinaus hat Gradenwitz dargetan, daß in dem einzigen Falle einer wirklich regelwidrig über ihr eigentliches Anwendungsgebiet hinausgreifenden *exceptio*[6]) diese Regelwidrigkeit nur eine von jenen zahlreichen ist, die durch die Hineinzwängung der ihrem Wesen nach doppelseitigen dinglichen Klage in das Kleid des für persönliche

---

1) Dafür: Girard 1041, Beseler II 148 f., 173, III 3, Mitteis, ZSSt. 33, 210 f., v. Mayr, R. Rechtsgesch. II 1, 140 (zweifelnd), Bertolini, Proc. civ. II 165 ff. — Anders (und m. E. mit Recht) Lenel, Ed. 489, Longo, Bull. 14, 259. 263, Gradenwitz, Festschr. f. Bekker, S.-A. 23 ff. 27 f., Koschaker, ZSSt. 29, 516, Partsch, das. 31, 437, Peters, das. 32, 288, Wlassak, Anklage und Streitbefestigung 33 f.

2) Gegen die sog. positive Funktion der *exceptio* (Keller, Savigny, P. Krüger) s. außer den in der vor. Note in zweiter Reihe Genannten namentl. Bekker, Proz. Kons. 8 ff., Aktionen I 349 ff. und Beseler II 144 N., 148. — Gegen den Terminus „positive Funktion" R. Leonhard, Festg. f. Dahn II 65 ff., Erman, ZSSt. 27, 406, Wlassak a. a. O. 33 N. 10.

3) Die *exceptio* griff ein, weil die Prokulianer für die *eadem res* nur die *intentio* für maßgebend hielten, eine Veränderung des in der *intentio* nicht erwähnten Besitzes gegenüber der Vindikation *alia res* also nur dann schuf, wenn der frühere Possessor und der jetzige nicht *eaedem personae* waren. Die neue *rei vind.* erwies sich andererseits in all jenen Regelfällen als nötig und möglich, in denen der erste Prozeß nicht mit Kondemnation, sondern mit freiwilliger Restitution (und daher Absolution) geendet hatte.

4) ZSSt. 27, 408 ff.; dazu Partsch, Alienatio iudic. mut. ca. facta 25 ff., Beseler II 138, 145. 5) A. a. O. 23 ff.

6) Wenn nämlich die *exceptio* nicht von dem früheren Vindikationsbeklagten, sondern gegen diesen von dem früheren Vindikationskläger erhoben wird, d. h. wenn die *contravindicatio* nicht wie früher in demselben Prozeß, sondern in einem neuen Prozeß stattfindet.

Klagen geschaffenen Prozesses notwendig geworden sind. Der Doppelseitigkeit der auf dem Grunde der Sakramentsklage *in rem* erwachsenen Regel *bis de eadem re ne sit actio* entspricht unmittelbar die Doppelseitigkeit der äußerlich deren Funktion ausübenden[1]) *exc. r. i. v. i. i. d.*, und so wenig dieser ganze Ersatz innerlich befriedigt, weil er dem Wesen der dinglichen Klage Abbruch tut, so vollkommen ist die sog. positive Funktion der *exceptio* damit erklärt. Endlich ist auch die Existenz der *exc. rei iudicatae* und ihr Verhältnis zur *exc. rei in iudicium deductae* zu begreifen, ohne daß man zur Rechtskraftfunktion die Zuflucht nehmen müßte.[2]) Wie dem aber auch sei: angesichts unseres fr. 7 § 4 gesteht sogar Keller[3]) zu, „daß die römischen Juristen selbst diese Unterscheidung der beiden Funktionen als einen allgemeinen Dualismus nicht deutlich ausgebildet hatten".

In Wahrheit führt Ulpian die Entscheidung ausdrücklich auf Konsumption zurück. Die auf sie weisende[4]) *nam-cum*-Begründung des § 5 wird nicht nur durch das *idem erit probandum* mit dem § 4 verknüpft, sondern sie gehört, wie der Zusammenhang und noch mehr die Verbindung *corpora et actiones* zeigt, beiden Fällen gleich unmittelbar an. Streicht man, wie erforderlich, den überflüssigen und durch das zweimalige *nam* auffallenden Passus *nam et hic obstabit exceptio*, so steht nichts im Wege, die Paragraphentrennung zu beseitigen, die ohne allen Grund den Fall des § 4 der ihm zukommenden Begründung, den Fall des § 5 des Anschlusses an Julians *definitio* beraubt. Auch sachlich müßte der Versuch, die *eadem quaestio* von der materiellen Rechtsfrage zu verstehen, unmögliche Ergebnisse zeitigen[5]), und es ist kennzeichnend genug, daß Keller genötigt ist, entgegen der Fassung des Textes die Abweisung der ersten Klage zu unterstellen. Nur die Annahme von *eadem res* vermag mit dem Tatbestand, so wie

1) S. oben S. 54 f. 2) Vgl. oben S. 57 N. 2.
3) Litiskont. 275. 4) Vgl. u. S. 128 N. 7. 8.
5) Sehr richtig Bekker, Aktionen I 340 f. gegenüber Bekker, Proz. Kons. 272 f. — Zur Gleichung *eadem quaestio* = *eadem res* (s. auch Wlassak, ZSSt. 33, 138 N. 1) vgl. kurz zuvor Ulpian D. eod. 7, 1 i. f. und Paul. D. 12, 2, 28, 4, aus welch letzterer Stelle (dazu ob. S. 105 f.) sich jedoch zugleich ergibt, daß *eadem quaestio*, weil nicht streng technisch, auch eines weiteren Sinnes fähig ist.

er durch die Doppelüberlieferung sichergestellt ist[1]), restlos auszukommen.

Beschränken wir uns nun auf das Beispiel, so finden wir in ihm die korrekte Ausdrucksweise, wie wir sie bei einem Musterfall erwarten dürfen. Voraussetzung dafür, daß die Konsumption wirksam wird, ist *petere* nach vorangegangenem *petere*: nicht darauf kommt es an, in welchem Stadium der erste Rechtsstreit verblieben ist, ob er zur Absolution, zur Kondemnation, zur Vollstreckung, zur freiwilligen Befriedigung des Klägers geführt hat, es entscheidet vielmehr allein die *litis contestatio*. Dem entspricht das Mittel der Konsumption: die ihre beiden Alternativen zur Auswahl stellende *exc. r. i. v. i. i. d.*; daß sie hier überdies nötig war, beweist Gai. IV 107. Aus diesem Resultat ist abzuleiten, daß die römischen Juristen zwischen *hered. petit.* und *rei vind. eadem res* angenommen haben. Und das stimmt zu unseren obigen Aufstellungen durchaus. Gemeinsame *causa* ist das (durch den Erbfall auf den Kläger übergegangene) dingliche Recht; gemeinsames Ziel die Verfolgung dieses Rechts. Daß das römische Recht trotzdem zwei verschiedene Aktionen hierzu zur Verfügung stellt, erklärt sich nur aus dem Universalcharakter der *hereditatis petitio.*[2])

Die Identität der *res* ist eine so intensive, daß Siber[3]) eine Konkurrenz überhaupt nur zögernd hier konstatiert. Er hält im Grunde die Sachlage für ähnlich, wie wenn das eine Mal das einzelne Tier, das andere Mal die ganze *grex* vindiziert werde, und verneint also die „Konkurrenz verschiedener materieller Ansprüche“; nur insofern „liegt immerhin noch ein Konkurrenzfall vor“, als es Unterschiede gebe, die der „Einzelanspruch zur Folge haben kann“, je

1) Hierzu statt aller jetzt Schulz, Einf. in d. Stud. d. Dig. 45 f., dessen Literaturangaben noch Lenel, Ed. 203 N. 1 a. E. und Beseler III 188 angefügt seien. Die Aufnahme sowohl des fr. 3 wie des fr. 7 § 4 muß auf Versehen beruhen. Deshalb und weil die Kompilatoren die *eadem res* ja auch sonst geschont haben, ist es abzulehnen, wenn Beseler II 144 f., III 21 f. diese Worte an die Stelle der *eadem quaestio* setzen will (dawider auch Bertolini II 171 N. 1). Ebensowenig sind die übrigen Korrekturen Beselers zu billigen: zu *alio genere iudicii* s. etwa Gai. IV 133. Das beidemal fehlende Subjekt des Beispielssatzes wird sich aus dem Zusammenhang ergeben haben.

2) Vgl. Dernburg, Verhältnis der *hereditatis petitio* zu den erbschaftl. Singularklagen 58 ff. 3) 156.

nachdem er mit der einen oder der anderen *actio* geltend gemacht werde. Ganz abgesehen davon, ob das klassische Recht solche Unterschiede kennt[1]), zeigt sich hier deutlich, wie bedenklich es ist, mit dem dem römischen Recht fremden[2]) Anspruchsbegriff zu operieren. Den Römern war nur das wesentlich, ob die Aktionen konkurrierten[3]), und so konnten sie dazu kommen, unseren Fall nicht nur gerade noch als Konkurrenzfall zu behandeln, sondern ausdrücklich als typisch hinzustellen.

Die Hineinziehung des Anspruchsbegriffs verleitet Siber aber noch zu der weiteren Folgerung, daß die *rei vindicatio* die *hereditatis petitio* nur soweit konsumiere, als es sich um die *res singulae petitae* handle. Denn nichts anderes kann Siber meinen, wenn er den Fall unter der Überschrift „unvollständige elektive Konkurrenz" bespricht und in demselben Zusammenhang unbeschadet der *exceptio rei residuae* eine „Nachklage auf den Rest" ohne Bedenken für zulässig hält. Das widerstreitet unserem Fragment[4]), das die *exceptio* durchgreifen läßt, wenn der Kläger im zweiten Prozeß *hereditatem petat*, also[5]) *totam hereditatem vindica[bi]t*. Wie später noch an anderen Fällen gezeigt werden wird[6]), gibt es eine derartige beschränkte Konkurrenz prinzipiell überhaupt nicht. Im vorliegenden Fall bedarf es gegenüber dem klaren Wortlaut keiner weiteren Ausführungen. Mit Recht hat Bekker[7]) sein Augenmerk hier nur darauf gerichtet, ob der Erbe später die *hereditatis petitio* im Wege eines besonderen Rechtsbehelfs auf die Stücke beschränken kann, die außer den *singulae res petitae* in der Erbschaft sind. Über einen solchen Rechtsbehelf ist uns ebensowenig etwas überliefert wie darüber, ob etwa im Falle von Gai. IV 131a zwecks Kennzeichnung der *alia res* der zweiten Klage *ea res agatur de vacua possessione tradenda* präskribiert sein mußte. Daß aber die zusatzlose *hereditatis*

---

1) Das ist nicht sicher, aber wohl anzunehmen; denn D. 5, 3, 20, 4, auf das Siber sich beruft, wird insoweit echt sein: vgl. u. S. 133 N. 5.

2) S. ob. S. 81 f., 86 ff.; gegenüber unserer Stelle vgl. ferner noch ob. S. 51 N. 2.

3) Vgl. auch ob. S. 26 ff. 4) Vgl. auch D. 44, 2, 21, 1 i. f.

5) D. 5, 4, 1, 1: diese Stelle wie überhaupt der ganze dortige Ediktstitel erweisen deutlich, in welchem Sinne die Römer allein von einer *pars hereditatis* sprechen. 6) S. 148 ff., § 106.

7) Proz. Kons. 235, Aktionen I 348; vgl. auch Keller, Litiskont. 276 N. 18; Bekker, Aktionen II 349; Beseler II 144 f.

petitio durch die *exceptio* gelähmt wurde, erscheint jedenfalls sicher. Überdies standen natürlich für alle übrigen Gegenstände Einzelklagen zu Gebote. — Nur bemerkt zu werden braucht endlich, daß ein Konkurrenzfall der bezeichneten Art in vorklassischer Zeit nur vorkommen konnte, falls der zuerst erhobenen *rei vindicatio* die *praescriptio* „*ea res agatur, si in ea re praeiudicium hereditati non fiat*“ nicht entgegengesetzt worden war. Anderenfalls wirkte die im Vindikationsprozeß vorgenommene *litis contestatio* nicht konsumierend.[1]) Die entsprechende klassische *exceptio*[2]) hinderte die Konsumption dagegen nicht.[3])

Das Ergebnis der gegenseitigen Konsumption ist unseren allgemeinen Ausführungen gemäß auf *eadem res* zurückgeführt worden. Daß dies der einzig richtige Gesichtspunkt ist und man sich namentlich davor hüten muß, so, wie es in der Regel geschieht[4]), die Konsumption unmittelbar aus dem Verhältnis der Universalklage zur Singularklage[5]), aus dem Verhältnis des Ganzen zu seinem Teile[6]) abzuleiten, das erhellt schon daraus, daß Ulpian nicht eine solche Denkform, sondern das für die allgemeine Konsumptionsregel charakteristische[7]) *in petitionem deduci* zur Begründung heranzieht.[8]) Es wird sich das auch noch auf dem eigensten Gebiete der *hereditatis petitio* bestätigen.[9]) —

Nur von diesem Ausgangspunkt endlich fällt Klarheit auf das analoge Verhältnis zwischen der *actio familiae herciscundae* und der *actio communi dividundo*, dessen Betrachtung seinerseits zur Beleuchtung von fr. 7 § 4 beiträgt und deshalb hier vorwegzunehmen ist.

Ulp. D. 10, 2, 20, 4: *Familiae erciscundae iudicium amplius*

1) Vgl. Wlassak, ZSSt. 33, 108 f. 2) Lenel 486.
3) Wlassak a. a. O. 137 ff., 154 ff.
4) Bekker, Proz. Kons. 232, 235; Siber 156.
5) Daß dieses Verhältnis mittelbar eine Rolle spielt, ist ob. S. 126 hervorgehoben; daraus erklärt sich der Zusammenhang der §§ 4 und 5 mit den vorangehenden. 6) Vgl. oben S. 127 N. 5.
7) Hier noch besonders charakteristisch, weil im Titel *de hereditatis petitione* als technischer Ausdruck *in hereditatis petitionem venire* begegnet, das zum *deduci* ein Gegenstück bildet: s. dazu ob. S. 82 N. 7.
8) Insoweit ist gegen den Schlußsatz kein Bedenken zu erheben (vgl. auch ob. S. 125); im übrigen s. u. S. 133 N. 1. 9) S. u. § 80.

quam semel agi non potest nisi causa cognita: quod si quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest.

Paul. sent. 1, 18, 1: *Arbiter familiae herciscundae plus quam semel dari non potest: et ideo de his, quae divisa eo iudicio non sunt, communi dividundo arbiter postulatus partietur.*

Entsprechend erklärt es Paulus in D. 10, 2, 44 pr. für möglich, daß hinsichtlich einzelner Sachen in der Weise *inter coheredes etiam communi dividundo agi potest*[1]), daß *de ceteris in integro sit familiae erciscundae iudicium.*

Während die *causa* der Erbschaftsklage und der Singularklage dieselbe ist, weil das der ersteren eigentümliche Moment des Erbfalls nur für die Aktivlegitimation, nicht aber für die *causa actionis* eine Rolle spielt, ist die *causa* der beiden Teilungsklagen eine verschiedene. Die eine beruht auf der Gemeinschaft mehrerer als Miterben[2]), die andere auf der Gemeinschaft an einer Sache ohne Rücksicht darauf, ob die Sachbruchteile den einzelnen *hereditario iure* oder aus anderem Grunde zustehen. Was der einen Gemeinschaft wesentlich ist, ist der anderen gleichgültig, und so bietet jede der Gemeinschaften ihre besondere *causa.* Daraus ziehen die obigen Stellen einen klaren Schluß: die eine Klage berührt die andere nicht. Wird der Kläger mit der *a. fam. ercisc.* abgewiesen, so ist bei der späteren *a. comm. div.* selbständig zu prüfen, ob eine einfache Sachgemeinschaft besteht. Erlangt der Miterbe Teilung aller Nachlaßsachen, so fällt eine spätere *a. comm. div.* nicht etwa infolge einer Konsumption weg, sondern mangels eines zu teilenden Gegenstandes ins Leere. Bleiben endlich einzelne Gegenstände (versehentlich oder absichtlich) ungeteilt, so steht ihrer Prüfung unter dem Gesichtspunkt der *a. comm. div.* nichts im Wege. Wie sehr die *communio* an sich ohne Rücksicht auf ihren Rechtsgrund die *causa actionis* bildet, beweist am deutlichsten Ulp. D. 10, 3, 4, 2, wo auch nach erhobener *a. comm. div.* „*poterit iterum communi dividundo agi de ea quae indivisa mansit*".[3]) Der Gesichtspunkt ist also überall

1) Vgl. auch D. 10, 2, 30 (Mitte); D. 17, 2, 34 i. f. — Diese Tatsache bewirkt es, daß unser Fall innerhalb des Konkurrenzgebietes liegt: s. ob. S. 21 ff. 2) Vgl. Berger, Teilungsklagen 8.

3) Allerdings wird diese Erscheinung hier auf ein ganz anderes Symptom zurückgeführt: *hoc iudicium bonae fidei est.* Aber die Frage, ob *eadem res* vorliegt oder nicht, hat nirgends etwas mit der *bonae-fidei*-Natur einer Klage

der, daß jede *communio* durch die Gesamtheit der *res communes* individualisiert wird, derart daß, falls eine dieser *res* verteilt ist, nicht etwa ein Teil jener *communio* übrigbleibt, sondern eine neue ersteht: solange auch nur eine *res communis* da ist, ist eine die Auseinandersetzung ermöglichende *a. comm. div.* „*in integro*".[1]) Nur soweit die *communio* dieselbe bleibt, ist für eine Konsumptionsregel Raum. Dagegen kann die Erbengemeinschaft als solche auf Grund jedes Erbfalls nur einmal eintreten; hier heißt es also nicht: so viele *res*, sondern: so viele Erbfälle, so viele *causae actionis*. Ob die *actio fam. ercisc.* vor, zwischen oder nach Einzelteilungsklagen erhoben wird, ist, wie die Quellen ergeben, gleichgültig, aber *plus quam semel dari non potest* (Paul. sent. cit.), und wenn dem in fr. 20 § 4 cit. noch einschränkend *nisi causa cognita* beigefügt ist, so beruht das ganz gewiß auf Interpolation.[2])

Ganz anders ist die Ansicht Sibers[3]) über *a. fam. ercisc.* ∽ *a. comm. div.* Er stellt dieses Verhältnis unmittelbar neben das Verhältnis *hereditatis petitio* ∽ *rei vindicatio* und nimmt also auch hier jene einseitig beschränkte Konkurrenz an. Da ihm bei den beiden ersten Klagen „nicht nur Gegenstand, sondern auch Entstehungsgrund" identisch ist, als welch letzteren er den „Eintritt des Miteigentums durch Erbgang" bezeichnet, so erwartet er wie bei der Konkurrenz der beiden dinglichen Aktionen ein Konsumptionsverhältnis. Gegenüber den diese Erwartung täuschenden Quellen meint er, daß Ulpian Solutionskonkurrenz angenommen habe, „und zwar vom praktischen Standpunkt aus gewiß mit Recht". M. E. ist diese Lösung nach jeder Richtung hin unhaltbar. Die Quellen selbst formulieren hier nirgends den Satz, daß irgendwelche Konsumption eintrete, sondern sie lassen die Unabhängigkeit der beiden Aktionen erkennen. Die „Solutionskonkurrenz" ist, wie sich noch zeigen wird[4]), überall interpoliert. Daß „aus praktischen

---

zu tun. Man wird diese Worte als tribonianisch ansehen müssen: vgl. Levy, ZSSt. 36, 77 N. 4.

1) Das ist dasselbe gesunde Prinzip, wie es heute im § 758 BGB. erscheint.

2) Durchaus abweichend Peters, ZSSt. 32, 286 f., der zwischen den beiden Teilungsklagen keinen Unterschied macht. Hinsichtlich des Klagziels bestehen bei den Teilungsklagen so wenig Besonderheiten wie bei den von Peters zu ihnen in Gegensatz gestellten Geschäftsführungsklagen: s. ob. S. 88 N. 1. 3) 154 ff.

4) U. S. 162 ff. und sonst passim, bes. Abschn. IV.

Gründen"* von der Konsumptionsregel abgewichen worden wäre, ist, wie sich im Laufe der Darstellung erweisen wird, beispiellos. Endlich: würden die beiden *actiones* einen gleichen Entstehungsgrund haben können, so müßte das zwischen einzelnen *actiones communi dividundo* in dem Falle, daß mit der zuerst erhobenen *actio* nur einzelne *res communes* zur Teilung gelangt wären, in erhöhtem Maße gelten. In solchem Falle aber ein Konsumptionsverhältnis anzunehmen, wäre schon praktisch ganz unzuträglich[1]) und die Heranziehung der „Solutionskonkurrenz" innerhalb derselben *actio* selbst für den, der an sie glaubt, eine Unmöglichkeit. Entscheidend spricht überdies D. 10, 3, 4, 2 für eine vollkommene Kumulation der einzelnen Aktionen: eine Stelle, die, wenn man mit Siber den Fortbestand der *communio* als von der Aufteilung einzelner Sachen unabhängig erachtete, allen Konsumptionsgrundsätzen ins Gesicht schlüge, insofern sie ein wiederholtes *agere de eadem re*, noch dazu *eodem genere iudicii*, bedenkenlos gestatten würde.

§ 12. 2. Schuldklage ∽ hereditatis petitio.

An das behandelte D. 44, 2, 7, 4 schließt sich als § 5 unmittelbar an:

idem erit probandum et si quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde hereditatem petat, vel contra si ante hereditatem petierit et postea debitum petat: nam et hic obstabit exceptio: nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci.

Wie eben[2]) dargelegt, wirken diese Worte mit denen des § 4 zusammen, um die sichere Feststellung zu ermöglichen, daß Ulpian auch in dem Verhältnis: *hereditatis petitio* ∽ Singularklage auf ein *debitum* gegenseitige prozessuale Konsumption angenommen hat. Das muß auf den ersten Blick Verwunderung erwecken, wenn man sich bei der Begründung aus der Universalnatur der Erbschaftsklage nicht beruhigen, sondern über die Elemente der *eadem res* klar werden will[3]), gleichzeitig es aber ablehnt, die *causa* einer Schuldklage in ihrem Objekte zu finden.[4]) Denn an sich ist die *causa* einer dinglichen Klage von der einer persönlichen ja doch grundsätzlich verschieden.[5]) Aber es ist hier die Auffassung der *hereditatis*

1) S. ob. S. 130 N. 1. 2) Bes. S. 125. 3) S. ob. S. 128.
4) S. ob. S. 98 f. 5) D. 44, 2, 14, 2; dazu ob. S. 96 ff.

petitio als einer dinglichen Klage schwerlich folgerichtig zu Ende gedacht worden. Das versteht sich leicht, wenn man bedenkt, welche prekären Wege die Römer einschlagen mußten, um die *hereditatis petitio* überhaupt der Verfolgung von Forderungen dienstbar zu machen. Denn wenn sie zu diesem Zwecke einen Besitz nicht nur an Rechten, sondern auch an Pflichten anerkannten[1]) und aus dem *debitor hereditatis* einen *iuris possessor* machten[2]), so enthält das eine Begriffsverwirrung, zu der die Not der Enge der Formel zwang, die aber gewiß nur bei der Begründung der Passivlegitimation des Erbschaftsschuldners in Kauf genommen wurde und keine weiteren Kreise zog. Insbesondere nicht bei unserer Frage nach der *causa actionis*: einmal aus dem allgemeinen Grunde, daß die Anerkennung eines Eigentums an der Forderung eine unleidliche Abweichung von vielen Grundregeln des römischen Rechts, am unmittelbarsten von dem Satze: *neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest* enthalten hätte; und dann gerade wegen der Mißlichkeit der Folgerung, die darin gelegen hätte, daß der Erbfall nicht wie sonst einen bloßen Wechsel in der Aktivlegitimation, sondern eine grundsätzliche Änderung des vererbten Rechtes selbst herbeigeführt hätte, das in eine persönliche Forderung und in ein dingliches Recht an der Forderung gespalten worden wäre. Solchen Ungeheuerlichkeiten zog man offenbar die zwar auch anomale[3]), aber doch wenigstens ungefährliche Denkform vor, nach der die *hereditatis petitio* mehr als ein Rahmen für singulare Aktionen aller Art denn als eine selbständige Klage mit eigener *causa actionis* erschien, und gelangte so dazu, als einheitliche *causa* den Entstehungsgrund der entweder mittels Singularklage geltend gemachten oder in die *hereditatis petitio* einbezogenen *obligatio* zu betrachten.

Daß das Ziel der Erbschaftsklage und der Schuldklage das gleiche ist, bedarf keiner weiteren Erörterung, falls die letztere auf Sachverfolgung geht. Einen solchen Fall wird Ulpian voraussetzen,

1) Lenel 173, Seckel, *possidere c*, Rabel 535 N. 2 (m. Liter.); vgl. auch Starke, Besitz bei der Erbschaftsklage 105, wo Cic. de leg. 2, 19, 49 nach der positiven und negativen Seite hin richtig gewürdigt wird.

2) D. 5, 3, 13, 15; weitere Belege bei Starke a. a. O. 99.

3) Da diese Anomalie unmittelbar aus der in der *iuris possessio* liegenden bezeugten Anomalie folgt, so ist ihre Annahme methodisch unbedenklich.

wo er schlechthin von einem *debitum* redet. Man wird aber weiter behaupten müssen, daß die Entscheidung überhaupt nur für sachverfolgende Klagen zutrifft und also entweder eine ungenaue Verallgemeinerung oder — wahrscheinlicher — eine Interpolation vorliegt, wenn im Schlußsatz die Konsumption auf *actiones omnes* erstreckt wird.[1]) Richtig ist nur das *universas res hereditarias in hoc iudicium venire*[2]), wobei *utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert.*[3]) Daß aber Strafklagen durch Erhebung der Erbschaftsklage nach *ius civile* konsumiert würden, widerspricht positivrechtlich den Ausführungen des Paulus in D. 5, 3, 36, 2[4]) und wäre auch sonst unerklärlich. Allerdings nicht a priori. Denn wenn die Entwickelung das Schwergewicht auf die Universalität der Klage und nicht auf ihre reipersekutorische Natur gelegt hätte, so hätte man mit der *hereditatis petitio* alle Strafe in gleicher Weise beitreiben können wie mit der pönalen Singularklage. Und es haben denn wohl auch die römischen Juristen geschwankt, ob die *hereditatis petitio* nicht ebenso wie bei der Beurteilung der *causa* ihre Individualität zugunsten der jeweilig konkurrierenden Singularklage aufgeben solle. Nachdem sich aber unter dem Vorgang Julians die Wissenschaft, und zwar gerade unser Ulpian, dafür entschieden hatte, daß die *hereditatis petitio* nur die Schätzung eines deliktischen Schadens und dessen Ersatz vermittele, aber keinesfalls auf alle Eigenheiten der entsprechenden *poena* Rücksicht nehme[5]), war ihr rein sachverfolgender Charakter mit aller Deutlichkeit dokumentiert, ihr Ziel also als ein von jeder Strafklage verschiedenes anerkannt.

---

1) Tilgt man *omnes, quae in hereditate sunt*, so fällt auch die unschöne Beziehung von *omnes* zu *corpora* weg. Das *omnes* steht mit den *omnes hereditarias actiones* in D. 5, 3, 20, 4 (s. u. N. 5) und dem *sive iura sive corpora sint* in D. eod. 18, 2 (s. folg. Note) auf gleicher Stufe.

2) Ulp. D. 5, 3, 18, 2; die folgenden Worte sind itp.: Longo, stud. Scialoja I 626, di Marzo, stud. Moriani II 36, de Ruggiero, Bull. 19, 63 N. 1.

3) D. eod. 14.

4) Über sie unten § 80.

5) Das geht aus dem Schlußsatze von D. 5, 3, 20, 4 hervor; denn der vorangehenden *quaestio* hat auch in der klassischen Vorlage ein ähnlicher Sinn zweifellos zugrunde gelegen. Über die Verfälschung und ihre Motive: Longo a. a. O. 624 ff., Bull. 17, 43. 90 f.; vgl. auch P. Krüger zdSt. — S. ferner u. § 80.

§ 13. 3. Actio redhibitoria ∽ actio quanti minoris.

Daß zwischen *actio redhibitoria* und *actio quanti minoris* im technischen Sinne Klagenkonkurrenz besteht, ist oben[1]) dargelegt worden. Das in erster Linie herangezogene Fragment Jul. D. 44, 2, 25, 1 ist sedes materiae zugleich für die damals hinausgeschobene Behandlung der Konkurrenz.

Est in potestate emptoris intra sex menses, redhibitoria agere mallet an ea quae datur, quanti minoris homo cum veniret fuerit. nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit: quare vere dicetur eum, qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei iudicatae exceptione summoveri.

Das Fragment gliedert sich in drei Sätze, von denen zwei das Ergebnis berichten: der erste Satz mehr materiellrechtlich gewendet, indem er von einer Wahlbefugnis des Käufers spricht, der letzte technisch-prozessual die Konsumptionserscheinung erfassend. Dazwischen stehen Worte, die als Begründung gekennzeichnet werden. Sehen wir von ihnen einstweilen ab, so bleibt als zweifelsfreie Ausbeute übrig: Julian vertritt die Ansicht[2]), daß, wer über die eine der beiden ädilizischen Klagen *litem* kontestiert hat, wenn er mit der anderen vorgeht, durch *exceptio r. i. v. i. i. d.* zurückgeschlagen wird; er nimmt also in der denkbar korrektesten Ausdrucksweise[3]) Prozeßkonsumption an. Mit der so verfochtenen *eadem res* könnte man sich leicht abfinden auf Grund der Erwägung, daß Entstehungsgrund und Natur, wie immer man sie auch umschrieben haben möge, bei beiden Aktionen notwendig identisch gewesen sein müßten. Indessen würde eine solche Erledigung dem durch Pomp. D. 21, 1, 48, 2 erhobenen Widerspruch[4]) nicht gerecht werden und vollends unseren Satz von der grundsätzlichen Konsumptionsfeindlichkeit der Strafklagen[5]) ungesichert lassen.

---

1) S. 30 ff.

2) Ob das *vere dicetur* eine besondere Nuance gibt oder mit der Überarbeitung der Stelle (ob. S. 30 N. 2, u. S. 142 N. 8) zusammenhängt, ist zweifelhaft.

3) Die *exceptio* als Mittel der Konsumption ist hier übrigens sogar in der Terminologie des Gaius korrekt, weil die Klagen *in factum* konzipiert sind, vielleicht auch (Weiß, ZSSt. 37, 165 N. 3) das *iudicium* nicht *legitimum* ist.

4) Hierzu u. S. 142 f. 5) Vgl. ob. S. 119 f.

Denn daß die ädilizischen Aktionen ursprünglich pönal waren, ist heute eine fest gegründete Anschauung[1]), gegen die die von irrigen Gesichtspunkten ausgehenden Ausführungen Biondis[2]) vergeblich anzukämpfen versuchen. Aber die Pönalität hat die klassische Zeit sogar überdauert.[3]) Wenn noch die späteren Klassiker die Hervorhebung für nötig halten, daß der Erbe des Verkäufers in voller Höhe[4]) und der Gewalthaber des verkaufenden *servus vel filius familias de peculio*[5]) hafte, so bewegen sie sich durchaus in dem Gleise, wie es für Strafklagen charakteristisch ist, die eine sachverfolgende Funktion in sich aufgenommen haben.[6]) Daß das auch hier ihr Standpunkt war, bestätigt die bekannte Äußerung Ulpians, mit der er die Pekuliarhaftung rechtfertigt (D. 21, 1, 23, 4):

> *Si servus sit qui vendidit vel filius familias, in dominum vel patrem de peculio aedilicia actio competit: quamvis enim poenales videantur actiones, tamen quoniam ex contractu veniunt, dicendum est eorum quoque nomine qui in aliena potestate sunt competere. proinde et si filia familias vel ancilla distraxit, aeque dicendum est actiones aedilicias locum habere.*

Gerade den entscheidenden Mittelsatz haben freilich de Francisci[7]) und Biondi[8]) als tribonianisch ausscheiden wollen. Aber an sprachlichen Anständen fehlt es durchaus, und sachlich begreift man nicht, warum just die Byzantiner die Pönalität unterstrichen haben sollten: sie, die nach ihrem System in der *actio redhibitoria*

---

1) So zuerst (1878) Pernice, Labeo II (1. Aufl.) 248 f. gegenüber Labeo I 456 N. 8, alsdann prinzipieller und eingehender (1879) Wlassak, Neg. gestio 167 ff., namentlich 175 ff., Eck, Festschrift für Beseler 200, Pernice, Labeo (2. Aufl.) II 2, 52 f., Girard 565, Mitteis, RPR. I 55, 109 N. 33, Haymann, Haftung d. Verkäufers 24. 33, de Francisci, Az. penali 25, Weiß 166 N. 2.

2) Studi sulle actiones arbitrariae I (1913) 119 ff. — Gegen seinen Satz von der Unmöglichkeit einer Restitutionsklausel in der Formel einer Pönalklage Levy, ZSSt. 36, 42 ff.

3) Zutreffend insoweit Karlowa II 1296 f.; vgl. auch Rabel, RPR. 464. Anders die ob. N. 1 Genannten.

4) Pomp. D. 21, 1, 48, 5; Ulp. D. eod. 23, 5. — Anders zur Zeit Ciceros: de offic. 3, 17, 71; vgl. Karlowa a. a. O. 5) Ulp. D. eod. 23, 4.

6) Vgl. z. B. zu den *actiones de recepto, iurisiurandi, subsidiaria* Levy, Priv. 30 f., 32, 44 f.

7) a. a. O. 25 f. 8) a. a. O. 112, 135 f.

bestenfalls nur eine *actio mixta*[1]), in der *aestimatoria* aber überhaupt keine Strafklage[2]) erblicken konnten[3]) und die ihrer allgemeinen Neigung zur Sachverfolgungsklage[4]) hier, wo sie die ädilizischen Aktionen der *actio empti* anzugleichen strebten[5]), doppelt hätten nachgeben müssen. Das Bedenken, zu dem der Mangel eines *de peculio* im *dicendum*-Satze Anlaß gibt, fiele nur dann ins Gewicht, wenn ein anderer Gegensatz als der der Noxalhaftung dem Juristen nicht wohl hätte vorschweben können. Das aber ist zu bestreiten. Bei Strafklagen, die nicht bloß als zugleich ersatzverfolgend galten, sondern ein Delikt des Gewaltunterworfenen überhaupt nicht voraussetzten, blieb in spätklassischer Zeit auch sonst vielfach das *iudicium noxale* so sehr außerhalb des Gesichtskreises, daß die Alternative sich schlechthin darauf beschränkte, ob der Gewalthaber *alieno nomine* gar nicht oder *de peculio* haftete. Gerade von Ulpian sind uns für die *actiones subsidiaria*[6]) und *Fabiana*[7]) derartige Fragestellungen überliefert. Also brauchte er auch in unserem Falle, der ein Verschulden des Verkäufers ja nicht erforderte, irgendein Mißverständnis nicht zu besorgen. Auch der Mittelsatz war wie der Anfang nur auf Pekuliarhaftung zu beziehen. Und das um so mehr, als die Begründung *quoniam ex contractu veniunt* ebenso deutlich das Stichwort des Pekuliarediktes *negotium gestum* präzisierte[8]), wie die Worte *qui in aliena potestate sunt* auf die entsprechende Ediktsrubrik[9]) unmittelbar Bezug nahmen.

Wirklich erklärungsbedürftig ist nur die Tatsache, daß Ulpian die Aktionen in einem Atemzuge als pönal bezeichnen und *ex contractu* entspringen lassen kann. Das scheint nicht nur mit Gai. IV 7 in Widerspruch zu stehen, wonach *actionibus, quibus ex con-*

1) Vgl. freilich Levy, Priv. 109 N. 4.

2) Inst. 4, 3, 9 und dazu Levy 83 f.

3) Versteht man dementsprechend den Plural *actiones* von beiden Klagen, so kann der beanstandete Übergang vom Singular zum Plural keine Verwunderung erwecken. Daß Ulpian seine allgemeine Begründung auf solche breitere Basis stellt, ist stil- und sachgemäß.

4) Levy 67. 5) S. alsbald im Text.

6) D. 27, 8, 1, 17 (Levy 45). 7) D. 38, 5, 1, 22 (Levy 77).

8) Vgl. denselben Ulpian (D. 9, 3, 1, 7): *de peculio in patrem non datur, quia non ex contractu venit*; vgl. auch Paul. D. 44, 7, 49.

9) Vgl. Lenel 265, 267.

tractu agimus, ausschließlich (*tantum*) *rem persequimur*[1]), sondern auch zu Ulpian selbst (D. 16, 3, 7, 1) nicht zu passen.[2]) Der Ausweg, die Erwähnung der Pönalität als „geschichtliche Erinnerung" abzutun[3]), wird — ganz abgesehen von den obigen Darlegungen — durch anderweite Bemerkungen Ulpians[4]) erschwert und durch das Präsens *videantur* geradezu versperrt. Indessen bestände ein Rätsel nur, wenn die Aktionen von dem Prätor, dem ordentlichen Jurisdiktionsmagistrat, proponiert gewesen wären: nur dann hätte die Anerkennung der zugrunde liegenden Vereinbarung als eines (zivilen) *contractus* alle Wirkungen zu solchen der Sachverfolgung gestempelt und den Strafzweck ausgeschlossen.[5]) Den Ädilen hingegen dient ihr *ius edicendi* lediglich zur Durchsetzung ihrer im marktpolizeilichen, also öffentlichen Interesse erlassenen Anordnungen.[6]) Das Mittel ist hier notwendig Strafe, ihre *actio* somit *poenalis*, und es kann begreiflich keinen Unterschied machen, ob die *causa actionis* an einen Tatbestand des *ius civile* anknüpft oder nicht. — Ganz gesondert hiervon liegt die Frage, ob die ädilizischen Kaufklagen dadurch zu sachverfolgenden geworden sind, daß die entsprechende honorarische *obligatio* im Laufe der klassischen Entwickelung ins *ius civile* rezipiert wurde. Das wäre an sich recht wohl möglich gewesen, und auch der Umstand, daß die Aktionen dauernd auf *formulae in factum conceptae* angewiesen waren, beweist noch nichts dagegen, weil der von ihnen erfaßte Sachverhalt — ähnlich wie etwa bei der *actio funeraria*[7]) — ja zugleich einer *formula iuris civilis* hätte unterstellt werden können, als welche die der *actio empti* längst zur Verfügung stand. In Wahrheit hat sich jedoch eine solche Entwickelung[8]) nicht vollzogen. Ulp. D. 19, 1, 11, 3 zeugt nicht für sie[9]); Ulp. D. 21, 1, 31, 20 bezieht sich ebenso wie

1) Vgl. Levy 14 N. 2.

2) So auch Paul. D. 44, 7, 49; dazu ob. S. 93 ff.

3) So Pernice, II 2, 52, Eck 200; dagegen Karlowa II 1297.

4) D. eod. 1, 2; eod. 37; vgl. auch D. eod. 1, 8 (*delictum*).

5) Vgl. etwa Levy 18 ff.

6) Das steht fest. Literaturübersichten bei de Francisci 25 N. 6, Weiß, ZSSt. 37, 166 N. 2. 7) Levy 36 ff.

8) Sie hielt ich früher (Priv. 38 N. 2) mit Wlassak a. a. O. 171 ff. und Mitteis, RPR. I 55 N. 37 für wahrscheinlich.

9) Vgl. Pernice, Lab. II 1, 180; II 2, 244, Girard 567 N. 2, Haymann 54; anders noch Wlassak 172, Siber 153.

Ulp. D. 21, 2, 37, 1 nur auf Rechtsmängel[1]), und die Sätze in Ulp. D. 19, 1, 13 pr. § 1, die die zivile Haftung des gutgläubigen Verkäufers für Sachmängel glauben machen wollen, sind nur ein Glied aus der Kette von Emblemen[2]), die, gleich in Ulp. D. 21, 1, 1 pr.[3]) beginnend, ziviles und ädilizisches Recht zu verschmelzen bestimmt sind. Diese Bemühungen prallen kraftlos ab an der Geschlossenheit der beiden Rechtskreise, wie sie der Inhalt der spätklassischen Ediktskommentare als geltende Grundlage voraussetzt.[4])

So besteht denn Ulpians *poenales videantur actiones* (D. 21, 1, 23, 4) nach jeder Seite die Probe. Dazu tritt das weitere Hauptargument, das Gaius in D. eod. 45 gewährt:

> *Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor. nam si neque pretium neque accessionem solvat neque eum qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur: si vero reddat pretium et accessionem vel eum qui eo nomine obligatus est liberet, simpli videtur condemnari.*

Allerdings ist der Sinn dieser Worte noch stark umstritten. Wer mehr dogmatisch gerichtet ist, hat sich den scharfsinnigen Ausführungen Ecks[5]) nicht verschließen können und annehmen müssen, daß Gaius hier unter *condemnatio* bald die wirkliche Kondemnation, bald aber die Restitution mit nachfolgender Absolution verstanden habe. Wer nach den Grundsätzen historisch-kritischer Methode solchen Konsequenzen seine Zustimmung versagt[6]), gelangt dazu, der Unterscheidung des Gaius jede praktische Berechtigung abzusprechen und eine restitutorische Formel anzuerkennen, deren-

---

1) So mit Recht Haymann 93. Anders Lenel 537, der fr. 31 § 20 im Gegensatz zu fr. 37 § 1 auf die *stipulatio duplae* im weiteren Sinne bezieht.

2) Haymann 71 ff., bes. 82 ff., 89 ff., Schulz, Einführung 119. Zweifelnd Rabel, RPR. 464 N. 6, Weiß 170 N. 2, 3.

3) Hier ist die Interpolation seit Kniep, Praescriptio und pactum 163 ff. anerkannt. 4) Vgl. Haymann 103 ff.

5) A. a. O. 185 ff. (woselbst S. 186 ein Überblick über die ältere Literatur); ihm folgen Pernice, Labeo II 2, 249 N. 6, Dernburg, Pand. II § 100 N. 6, Sohm, Institut. (14. Aufl.) 329 N. 2; vgl. schon Bechmann, Kauf I 403 f. und nun III 2, 134 f.

6) So namentlich Lenel 531 f., Girard 565 N. 4, Karlowa II 1295 ff., F. Schulz, ZSSt. 33, 59 N. 4, de Francisci 26. Weitere Liter. bei Biondi 122 N. 1—3.

gleichen es sonst nicht gibt. Während aber Lenel hinzufügt, daß man „dem formell untadelhaften Berichte" nicht mißtrauen dürfe, kann Pernice[1]) Bedenken gegen seine Echtheit nicht zurückhalten. Mit sehr gutem Grunde nimmt er aus rein formalen Beobachtungen an dem Schlußsatze von *si vero* ab Anstoß, indem er das *reddat* statt *reddiderit* als inkorrekt und den ganzen Bedingungssatz als einen fast wörtlichen Abklatsch des vorangehenden bezeichnet und meint, daß „die Kompilatoren das Wort *condemnari* ganz harmlos brauchen". In der Tat wäre in ihrem Munde eine Verwechselung von Restitutionsbefehl und Kondemnation nichts Erstaunliches.[2]) Dazu kommt, daß Gaius angesichts einer ausdrücklich alternativ gefaßten Kondemnation, wie sie Lenel bietet, sich niemals dahin hätte ausdrücken können, daß der *venditor* „*simpli videtur condemnari*".[3]) Wenn man daher den Schlußsatz als unklassisch zu streichen hat, so gilt es, eine andere Alternative aufzufinden, an der Gaius die im zweifellos echten Eingang des Fragments aufgestellte Behauptung der *duplex condemnatio* näher dargetan hätte.

Bedenkt man, daß nach dem Stande unserer Kenntnis der auf die Sachmängel bezügliche Teil der *stipulatio duplae* (im weiteren Sinne) nicht auf das *duplum* gerichtet war[4]), so fehlt es zwischen derjenigen *actio redhibitoria*, die nicht der Ablegung der Stipulation diente[5]), sondern unmittelbar auf das Vorhandensein eines Sachmangels gegründet war[6]), und der *stipulatio duplae* im engeren Sinne (wegen Rechtsmängel) an jedem inneren Zusammenhang, danach aber überhaupt an einer Veranlassung zu einem Übergreifen der *dupli condemnatio* auf die *actio redhibitoria* der letztgenannten Art. Ja, man muß umgekehrt Eck[7]) durchaus beitreten, wenn er mit Rücksicht darauf, daß die *actio ex stipulatu* wegen eines Sachmangels nur auf

1) A. a. O.; ihm stimmt Schulz zu, doch scheint er ebenso wie Karlowa II 1296 N. 1 nur *videtur* an Stelle von *iubetur* für itp. zu halten. Ähnlich wohl de Francisci 25 N. 5, 26. Unhaltbar Biondi 121 ff., bes. 129 N. 1, 130 f., der die ganze *condemnatio dupli* auf Justinian zurückführt, begreiflicherweise (ob. S. 136 N. 4, 5) ohne sich dessen Motive erklären zu können.

2) Vgl. auch Beseler II 139 f.

3) Das *videtur* hat schon lange Anstoß erregt; es mit Voorda in *iubetur* umzuändern, ist natürlich unzulässig; vgl. hierzu Eck 196.

4) Lenel 536 f., 541 f.

5) Über diese Lenel 536 unter Nr. 5; weitere Literatur bei Weiß 168 N. 2.

6) Über diese Lenel 530 unter Nr. 2. 7) 193.

das einfache Interesse ging, es als „undenkbar" bezeichnet, „daß die *actio redhibitoria* wegen eines Fehlers grundsätzlich auf den Kaufpreis und 100% Zuschlag gerichtet gewesen sein sollte". Hier läßt die Rechtskonsequenz vielmehr eine auf das *simplum* gerichtete *condemnatio* erwarten, und mit Bestimmtheit deuten auf eine solche auch unverdächtige Zeugnisse wie Ulp. D. 21, 1, 31, 16. 17.[1]) Sollte also des Gaius Teilungsprinzip nicht gerade darin gelegen haben, daß die *actio redhibitoria in duplum* gegangen wäre, falls sie die Erzwingung der *stipulatio duplae* im engeren Sinne zum Gegenstand gehabt und in diesem Sinne die *intentio* „*s. p. Num Num . . . non cavisse*" aufgewiesen hätte, wogegen der Verkäufer in allen anderen Fällen, also namentlich dann[2]) *in simplum* kondemniert worden wäre, wenn die Klage sich unter Abstandnahme von der Stipulation auf das Vorhandensein von Sachmängeln gestützt hätte?[3]) Daß damit „unser Unvermögen, diese Eigentümlichkeit der *actio redhibitoria* sicher zu erklären"[4]), behoben wäre, leuchtet ein. Der Interpolationsanlaß hätte dann darin gelegen, daß die Kompilatoren, deren Mißverständnis wir sicherlich D. 21, 1, 28 verdanken[5]), alles auszumerzen suchten, was auf eine Zuständigkeit der *actio redhibitoria* wegen Rechtsmängel Bezug hatte. Die danach zu vermutenden Ausführungen des Gaius würden auf den Anfangssatz gefolgt sein und hinter dem *nam si* irgendeine Anknüpfung (etwa ein *superiore casu*) notwendig gemacht haben. Zu dieser Hypothese dürfte auch der Sprachgebrauch, den Gaius bei Verwendung des Wortes *duplex* zeigt, besser passen. *Duplex* ist ihm das römische Eigentum, nicht weil es sowohl quiritarisches wie bonitarisches ist, sondern weil es das eine oder das andere sein kann (I 54); *duplex* ist ihm die *in rem actio*: *aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem* (IV 91); *duplex* ist ihm endlich die *con-*

1) Auf sie beschränkt sich treffend Rabel, RPR. 464 N. 4; andere in diesem Zusammenhang oft (z. B. von Haymann 33) genannte Stellen geben hierfür nichts aus: Lenel 532 N. 2, 534 N. 1.

2) Andere denkbare Fälle aus dem Gebiet der Eviktionshaftung gehören nicht hierher.

3) Ähnlich insoweit Haymann 33, der aber 24 in dem wesentlichen Punkte abweicht, daß er die *condemnatio dupli* auf den Fall nicht geleisteter Sachmängelkaution bezieht.

4) Lenel 532. 5) So auch Haymann 26.

demnatio weniger dann, wenn sie in einer und derselben konkreten Formel eine doppelte Klausel hat, als dann, wenn die Formel bald mit dieser, bald mit jener *condemnatio* gebildet werden kann: nur so ist es zu verstehen, wenn er in IV 51 die Unterscheidung von *condemnationes cum* und *sine taxatione* also einführt: *Incertae vero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet.*

Wie man sich aber auch zu dieser Auslegung des fr. 45 stellen mag: fest steht, daß e i n Typus der *actio redhibitoria* auf das Doppelte ging und gehen mußte, solange man an der Eviktionsstipulation auf das Doppelte festhielt. Dann aber zwingt der notwendig einheitliche Charakter der *actio* erneut zu dem Schluß, daß sie auch da pönal blieb, wo ihre *condemnatio* im einzelnen Fall auf das *simplum* gerichtet war. — Angesichts ihrer Wesensgleichheit mit der *actio redhibitoria* und ihrer ebenfalls *in factum* konzipierten Formel erübrigen sich für die *actio qu. minoris* besondere Ausführungen.

Kehren wir zur Konkurrenz zurück. Das eine Element der *eadem res*, die Julian (D. 44, 2, 25, 1) annimmt, die *eadem causa* liegt klar zutage: *ex contractu veniunt* sagte Ulpian (D. 21, 1, 23, 4) uns unmittelbar. Aber auch die Zielidentität kann wirkliche Schwierigkeiten nicht machen. Allerdings erfaßt, wo zwei Strafklagen auf dasselbe deliktische *factum* reagieren, grundsätzlich eine jede das *factum* in einer besonderen, ihr individuell zugehörigen Richtung, so daß etwa *altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.*[1]) Hier überall bewährt sich die Konsumptionsfeindlichkeit der Strafe. Treffen die Aktionen aber — in begreiflicherweise seltenen Fällen — den Causa-Tatbestand in genau derselben rechtlichen Charakterisierung — sei es weil die *lex generalis* die ältere *lex specialis* nicht aufgehoben hat[2]), sei es weil wie hier das objektive Recht dem Verletzten bewußt die Auswahl in die Hand geben will —, so kann von einer mehrfachen Sühne nicht die Rede sein. Die eine, nur eindeutig individualisierbare Rechtsverletzung kann *ipso iure* nur einmal gestraft werden.[3])

Noch direkter führt eine andere Erwägung aufs Ziel. Da die *intentio* einer Formel für die Individualisierung der *obligatio* derart aus-

1) Lab.-Ulp. D. 47, 10, 15, 46. Allgemein hierüber u. §§ 114 ff.

2) Hypothetisches Beispiel: Konkurrenz zwischen *actio de arbor. succisis* und *actio leg. Aquil.*: u. § 117.

3) S. u. § 121; vgl. auch u. S. 153 N. 3.

schlaggebend ist, daß die klassische Theorie die *obligatio* geradezu *per intentionem consumi* läßt[1]), so ist ein zweifelsfreierer Fall von *eadem res* als der, in dem sogar die *intentiones formularum* übereinstimmen, im Gebiet der Aktionenkonkurrenz gar nicht auszudenken.[2]) Eine solche grundsätzliche Identität der Intentionen liegt hier vor uns: daß im einzelnen die Tatbestände variieren können, haben beide Aktionen ja gleichfalls miteinander gemein.[3]) Unerheblich ist es natürlich, daß die Konsumption wegen der *conceptio in factum* nur das Klagrecht und nicht die *obligatio honoraria* ergreift.[4]) Und bedeutungslos ist die Verschiedenheit in den übrigen Formelteilen. Die Natur der Litisästimation kann unter Umständen[5]) als Quelle für die Erkenntnis des Klagziels einer *actio* dienen; zur Vergleichung des zwischen zwei Aktionen bestehenden Konsumptionsverhältnisses eignet sich die Gestaltung der *condemnationes* nie.[6]) Um so weniger sind Restitutionsklausel[7]) und *exceptio temporalis* von irgendwelchem Belang.

Welche von diesen Begründungen Julian in der jetzt durch den Mittelsatz verdeckten Lücke[8]) gegeben haben mag, ist nicht mehr zu ermitteln: in jedem Falle hatten die Kompilatoren allen Anlaß, Erörterungen über den Strafcharakter der Aktionen oder über die *intentio* als Konsumptionsfaktor zu verwischen. Wenn Julian hinzufügte, daß möglicherweise die *actio qu. minoris* gleichfalls *redhibitionem continet*, so warf zwar diese Möglichkeit einer sogar das Quantum umfassenden Zielidentität[9]) auch auf die qualitative Identität ein helles Licht, aber im Sinne des Klassikers kam sie sicherlich nur als unterstützendes Argument in Betracht.[10])

Mit der im Ergebnis jedenfalls unantastbaren Entscheidung Julians setzt sich in diametralen Widerspruch, was in Pomp. D. 21, 1, 48, 2 zu lesen steht:

Non nocebit emptori, si sex mensum exceptione redhibitoria exclusus velit intra annum aestimatoria agere.

---

1) Gai. IV 131a und allgemein darüber ob. S. 55 N. 2, 117 f., u. S. 151 ff.
2) Ob. S. 6 N. 2, u. S. 151 f., 239, § 32 anf.
3) Lenel 534, 535. 4) Ob. S. 55 f. 5) Ob. S. 118 f.
6) Ob. S. 82 f., 118, u. S. 151 N. 9.
7) Levy, Priv. 73 f. 8) Vgl. ob. S. 30 N. 2.
9) Die an sich unbeachtlich ist: Levy, Priv. 1 N. 3 und sonst.
10) Die Wendung besagt nicht mehr als etwa das *restitutio comprehenditur* bei der *actio de dolo* in Paul. D. 4, 3, 18 pr. (dazu Levy, ZSSt. 36, 18 f.).

Die bisherigen Harmonisierungsversuche[1]) helfen nicht weiter. Daß Pomponius in seinem Sabinuskommentar von den etwa gleichzeitigen[2]) Anschauungen Julians keine Notiz genommen und sogar alle Begründung verschmäht hätte, ist so gut wie ausgeschlossen; daß er — wie er auch immer die Natur der ädilizischen Aktionen beurteilt haben mag — unter Mißachtung der identischen *intentio eadem res* geleugnet haben sollte, ganz undenkbar.[3]) Also werden die Kompilatoren die Hand im Spiele haben. Daß sie sich äußerlich nicht verraten, besagt nicht viel, da sie hier wie anderswo[4]) nur das *non* einzufügen brauchten, um den gewünschten Gedanken herzustellen. Denn von ihrem Standpunkt aus, der nur die materielle Befriedigung aktionentilgend wirken ließ, konnten sie wohl Julians *egerit* erweiternd interpretieren, niemals aber mit der Konsequenz des Pomponius sich befreunden. Ihre Interpolation gehört in dieselbe Reihe von Reformen, der das klassische Recht der *exceptio dilatoria* und des *plus petere* zum Opfer fiel.[5])

§ 14. 4. Actio tutelae ∽ actio rationibus distrahendis.

In diesen Zusammenhang gehört auch das oben[6]) wiedergegebene D. 27, 3, 1, 21. Daß und aus welchem Grunde Ulpian die *causa* sowohl der *actio tutelae* wie der *a. rat. distr.* in dem als Rechtsverhältnis anerkannten *tutelam gerere* erblickt, ist bereits erörtert worden.[7]) Was das Klagziel betrifft, so gibt es, wenn man dogmatische Erwägungen überhaupt gelten lassen will, nur zwei Möglichkeiten. Entweder die *a. rat. distr.* ist ihrer Natur nach eine Strafklage geblieben, die sie in älterer Zeit unstreitig war, und sie hat nur, wie etwa die *a. leg. Aquiliae*[8]), allmählich Ersatzfunktionen in sich aufgenommen: in diesem Falle müßte sie, wie sich aus unseren

1) Vgl. etwa gl. *aestimatoria* zu fr. 48 § 2, gl. *rei iudicatae* zu fr. 25 § 1 cit., Dernburg, Preuß. Privatr. (3. Aufl.) II 372 N. 8. Biondi, Actiones arbitrariae I 137 N. 1. 2) Vgl. P. Krüger, Gesch. d. Qu. (2. Aufl.) 185.

3) Vgl. etwa die Entscheidung des Pomponius in weit verwickelteren Fällen: Ulp. D. 9, 4, 7, 1 (u. § 33 anf.), D. 44, 2, 21, 4 (u. § 34 anf.).

4) Vgl. statt vieler z. B. D. 4, 7, 4, 6 (Levy, Priv. 83 f.); D. 16, 3, 1, 43 (u. S. 208 ff.); D. 46, 3, 84 (u. § 34 a. E.). Ähnliche Interpolationen in D. 22, 1, 32, 4 (u. S. 210 N. 5 zu e). — Streichung des *non* z. B. in D. 15, 1, 30, 4 (u. S. 244 N. 3).

5) Inst. 4, 13, 10 gegenüber Gai. IV 123; Inst. 4, 6, 33—33e gegenüber Gai. IV 53—53d. 6) S. 109. 7) Ob. S. 109 ff. 8) Levy, Priv. 147 ff.

späteren Ausführungen ergeben wird[1]), im Hinblick auf die Frage der zivilen Konsumption als Strafklage behandelt, diese Konsumption im Verhältnis zu der *actio tutelae* also verneint worden sein. Oder die *actio* wurde mit Rücksicht darauf, daß als ihre *causa* das Tutelverhältnis galt, in klassischer Zeit als wirkliche Ersatzklage beurteilt und damit zwischen ihr und der *actio tutelae eadem res* anerkannt. Nun ist jedenfalls, wenn irgend etwas, der eine Passus klar, nach dem, wenn *tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest.* Hier brauchen wir nur das gaianische Schema: *si vero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest*[2]) anzulegen, um zu erkennen, daß, da überdies auch die von Gaius genannten formellen Erfordernisse vorliegen, wirkliche Prozeßkonsumption, also unsere zweite Alternative angenommen worden ist. Fragen wir hingegen, ob auch die Voraussetzungen der zweiten Alternative gegeben sind, so ist das zu verneinen. Die *actio rationibus distrahendis* geht *in duplum*; sie ist noch für Ulpian (D. eod. 1, 23) passiv unvererblich, *quia poenalis est.* Und wenn Paulus in D. eod. 2, 2 erklärt: *haec actio licet in duplum sit,* [*in simplo*] *rei persecutionem continet,* [*non tota dupli poena est*], so stellt er sich zu Ulpian nicht in einen Gegensatz, sondern er vervollständigt das Bild nur in der üblichen Weise[3]) nach der Richtung, daß er auf die in der *poena* steckende Ersatzfunktion mit technischem Ausdruck hinweist. Das ist völlig klar, wenn die eingeklammerten Worte mit der ausdrücklichen Bezeichnung *poena* echt sind.[4]) Aber die Schlußfolgerung ändert sich auch dann nicht, wenn sie, wie wir annehmen müssen[5]), von den Kompilatoren stammen.[6]) Diese

---

1) Abschnitt III. 2) IV 107 (dazu ob. S. 58 f.). 3) Levy 21 ff.

4) So Lewinsohn, Beitr. z. L. v. d. Aktionenkonkurrenz 45 N. 1.

5) Gründe: a) Die beanstandeten Worte verwischen den durch *licet* gekennzeichneten Gegensatz, der lediglich in dem *rei persecutionem continet* gegenüber der *condemnatio in duplum* besteht; statt dessen bringen sie den neuen Gegensatz *in simplo — dupli poena.* b) Sie weisen deutlich auf die Denkfigur der *actio mixta.* Wie diese (Levy 140 ff.) ist die Teilung des Duplums in *simplum* + *simplum* den Klassikern notwendig fremd. c) Gerade hier ist eine solche Teilung unmöglich. Da Kondemnationseinheit nicht das Interesse des Klägers, sondern der Sachwert ist (D. 27, 3, 1, 20; vgl. auch Levy 138 N. 4), so ist es gar nicht wahr, daß die Klage nur *in simplo rei persecutionem continet*; das Interesse des Klägers kann vielmehr das *simplum,* ja auch das

Umstände[1]), denen noch anzureihen wäre, daß die Art und Weise, wie Tryphonin (D. 26, 7, 55, 1) die passive Personenkonkurrenz behandelt, nur aus der fortdauernd angenommenen Pönalität zu erklären ist[2]), erheben es zur Gewißheit, daß die Entwickelung hier über die Erkenntnis der Ersatzfunktion innerhalb der *poena* nicht hinausgediehen ist.[3])

Keine der beiden vorhin gekennzeichneten Möglichkeiten wird also von den Quellen bestätigt, und so erhellt, daß die Divergenz zwischen Ursache (Strafklage) und Wirkung (*eadem res* mit der *actio tutelae*) auf dogmatischem Wege nicht zu erklären ist.[4]) Die Identität der *causae* beider Aktionen wurde vorhin rein historisch auf die Rolle gegründet, die die *a. rat. distr.* bis zum Aufkommen der *a. tut.* zu spielen berufen war. Die Berechtigung dieser Betrachtungsweise ergab sich in der Hauptsache aus der das Verhältnis beider Klagen zueinander ganz allgemein zusammenfassenden Wendung des Ulpian: *in tutela ex una obligatione duas esse actiones constat.* Das ist aber zugleich der Satz, auf den Ulpian (mit *et ideo*) die Entscheidung der Konkurrenz unmittelbar stützt. Also kann und muß auf ihn, auch wenn er unmittelbar nur die *eadem causa* ausspricht, zur Erkenntnis der *eadem res* überhaupt zurückgegangen werden. Und das ist ein Glücksfall, ohne den man hier auf einen toten Punkt kommen müßte. Denn wenn Ulpian sich mit jenen Worten als Begründung begnügt, so dürfen wir nicht anspruchsvoller sein. Und auch in der Sache selbst müssen wir uns zunächst als befriedigt erklären: *ex una obligatione* ist mehr als *ex una causa*[5]);

---

duplum noch übersteigen. d) Eine verwandte Interpolation in D. 39, 4, 5, 1: u. § 74.

6) Damit wird Bergers (Grünhuts Z. 42, 737 N. 3) Zweifel behoben. — Unhaltbar Pampaloni und, ihm folgend, Albertario, Bull. 26, 101, die den ganzen § 2 tilgen.

1) Aus der *in ius* konzipierten Formel ist hier, wo es sich um eine alte Zivilklage handelt, natürlich ebensowenig etwas zu schließen wie etwa aus der Perpetuität. 2) S. u. § 128.

3) Anders noch Eisele 79, 365, wie sein Zitat D. 27, 3, 2, 1 ergibt, und Siber 173, 180, 191. Zutreffend insoweit Binder 348.

4) Vgl. etwa den mißlungenen Versuch Alibrandis I 177 f. Unmöglich ist auch die historische Ableitung von Kann, Klagenmehrheit 60 ff., die in die Anschauung mündet, daß die klassische *a. rat. distr.* trotz des Duplums und der Unvererblichkeit ein „kondiktionenartiges Rechtsmittel" gewesen sei.

5) S. ob. S. 109 ff.

nächst dem Fall identischer *intentiones*[1]) ist der anderweiter identischer *obligationes* der denkbar gewisseste Fall von *eadem res.*[2]) Die Frage verschiebt sich also. Sie kann nicht mehr heißen: Worin besteht das identische Ziel?, sondern nur noch: Wie konnte Ulpian die reipersekutorische *obligatio tutelae* (im engeren Sinne) und die pönale *obligatio rationibus distrahendis* als *una obligatio*, als *tutelae obligatio* (im weiteren Sinne) bezeichnen?

Die Antwort kann nur wieder lauten: der Grund liegt in dem eigenartigen historischen Verhältnis der beiden Klagen zueinander, das uns die *a. rat. distr.* als eine dieselben wirtschaftlichen Zwecke verfolgende Vorläuferin des *arbitrium tutelae* erscheinen läßt, deren Existenz und Wesensart sich daraus erklärt, daß zur Zeit ihrer Entstehung die Tutel als Rechtsverhältnis noch nicht anerkannt war. Allerdings ist die *a. tutelae* nicht aus der Zwölftafelklage erwachsen; eher dürfte folgende Gleichung das Richtige treffen: *actio rationibus distrahendis*: *actio tutelae*[3]) = *actio depositi in duplum*: klassische *actio depositi* (mit ihrer Doppelformel). Aber gerade in dieser Gegenüberstellung kommt die innere Verwandtschaft, die die dogmatische Identität des Klagziels ersetzt, aufs deutlichste zum Ausdruck. So wenig es hätte zweifelhaft sein können, daß zwischen der altzivilen Depositumsklage und dem *bonae fidei iudicium* Konsumptionsverhältnis bestanden hätte, falls diese Aktionen jemals nebeneinander in Wirksamkeit gewesen wären, so wenig darf uns das gleiche Verhältnis zwischen der *actio rationibus distrahendis* und der *actio tutelae* in Verwunderung setzen. Der einzige Unterschied besteht darin, daß die *a. rat. distr.* sich erhalten hat: darüber ist oben[4]) eine Vermutung geäußert worden; das Nähere gehört nicht hierher.

Damit ist es durchaus vereinbar, daß die *a. rat. distr.* da, wo es sich nicht um ihr Verhältnis zur *a. tutelae* handelt, überall ihre eigenen Wege geht, daß also dort ihre Strafnatur, wie oben gezeigt[5]), unverblümt zur Geltung kommt. Das entspricht nur den allgemeinen Regeln. Behalten ja doch sogar die *in factum* formulierten Aktionen, die durch Rezeption zu Ersatzklagen geworden sind, gewisse durch

1) Vgl. ob. S. 141 f.

2) Regelmäßig besteht solchenfalls keine Aktionen-, sondern bloße Formelkonkurrenz: s. ob. S. 112 N. 9, 113 N. 2.

3) Vgl. ob. S. 110 ff. 4) S. 114. 5) S. 144 f.

diese Umwandlung nicht berührte, mit ihrer Formulierung zusammenhängende Unterschiede bei: in der Frage z. B. nach der Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit[1]) der zivilen Konsumption[2]) oder nach dem *plus petere*[3]) oder nach der Anstellbarkeit seitens der *filii familiarum*[4]) wirken die Doppelformeln einer und derselben *actio* nach wie vor entgegengesetzt.[5])

Bis jetzt steht Folgendes fest: Ulpian betrachtet die *a. rat. distr.* und die *a. tutelae* als Klagen *de eadem re*. Demgemäß läßt er im Falle *a. tutelae* + *a. rat. distr.* Prozeßkonsumption eingreifen. Für den entgegengesetzten Fall *a. rat. distr.* + *a. tutelae* glauben wir nach dem Fortgang der Stelle dasselbe erwarten zu dürfen; gleichfalls von *et ideo* abhängig und dem anderen Falle durch *sive contra* noch besonders gleichgesetzt, wird gesagt: *tutelae actio ... perempta est.* An Stelle der Punkte stehen nun aber die Worte: *quod ad speciem istam.* Könnten wir mit Eisele[6]) und Siber[7]) einfach über diese Worte hinweglesen, so wäre die Erörterung zu schließen. Fragen wir aber nach ihrem Sinne, so ist eine Antwort nicht leicht. Unter den möglichen Bedeutungen von *species* käme nur die des Einzelfalles (= *casus*) in Betracht[8]), und so erläutert sie denn z. B. Merkel[9]) mit „hinsichtlich der Prästation der unterschlagenen Sache". Aber wo steht denn in der Stelle etwas von einer Unterschlagung oder überhaupt von einem praktischen Falle? Schon hier steigt also gegen die Worte Interpolationsverdacht auf[10]). Er wird verstärkt[11]), wenn wir sehen, wie Karlowa[12]), der ihnen vertraut, durch dieses Vertrauen folgerichtig dazu veranlaßt wird, die klarliegende Beziehung unseres Fragments auf die prozessuale Konsumption zu leugnen. Heißt aber die Alternative: Prozessuale

1) Zu dem Ausdruck s. ob. S. 75.

2) S. ob. S. 75 f. 3) Gai. IV 54, 60. 4) Ulp. D. 44, 7. 13.

5) Vgl. ob. S. 112 N. 9; ferner Wlassak, Neg. gest. 165 N. 17.

6) 79, 350. 372 nimmt er ohne Bedenken Konsumptionsverhältnis an.

7) Siber 193 (vgl. 184) sieht hier eine „Konsumption ohne Einschränkung" bezeugt.

8) Seckel-Heumann h. v. 4. a. E. 9) Konkurs der Aktionen 44.

10) Anders Lewinsohn 45 ff. in Ausführungen, die bisweilen das Richtige streifen.

11) Sprachlich wird nicht viel einzuwenden sein, obwohl derartige Ellipsen (vgl. Riccobono, ZSSt. 31, 362 f.) und *iste* (vgl. Beseler III 131 ff.) auch bei den Byzantinern beliebt sind. 12) II 988.

Konsumption oder Echtheit jener vier Worte, so dürfte es schon heute wenige geben, die sich nicht zu den Gegnern Karlowas schlagen würden.

Folgen wir dem Sinn, den Merkel und Karlowa der Phrase *quod ad speciem istam* beilegen — und ein anderer Sinn ist in der Tat noch weniger zu verteidigen —, so taucht die Frage auf, ob das hochklassische Recht eine beschränkte, teilweise Prozeßkonsumption kennt. Das ist schon aus allgemeinen Gründen in Abrede zu stellen. Die Berücksichtigung der einzelnen *praestatio* bedeutete im Rahmen des Aktionensystems eine Anomalie, der als solcher die *praescriptio* einen adäquaten Ausdruck gab[1]), die in das objektive Regelrecht zu übernehmen man jedoch berechtigte Scheu tragen mußte. Anderenfalls hätte man sich der dem römischen Wesen so fremden Betonung des Anspruchs auf Kosten der *actio*[2]) genähert, deren durch die *intentio* begrenzter einheitlicher Organismus[3]) dann ohne Anhaltspunkte in der Formel einer unkontrollierbaren Zerstückelung ausgesetzt gewesen wäre. So lehnte die klassische Lehre es grundsätzlich ab[4]), das Ziel der einen *actio* gegenüber einer anderen mit Rücksicht auf die *praestationes* teils als gleich, teils als ungleich anzusehen[5]); für sie gab es vielmehr nur diese Alternative. Entweder waren die Unterschiedlichkeiten geringfügigerer Art, namentlich nur quantitative[6]): dann sah man über sie als unbeachtlich hinweg. Oder sie waren beträchtlicher: dann gaben sie gegen die Annahme eines identischen Klagziels den Ausschlag, und es blieb den Organen der Rechtspflege überlassen, die teilweise Identität der Ansprüche zur Geltung zu bringen.[7])

Für unseren Fall, in dem die historische Gestaltung für *eadem res* entschied, erfährt diese Darlegung eine Bestätigung, wenn die Worte *quod ad speciem istam* als tribonianisch zu erweisen sind. Zu den schon erwähnten treten noch folgende Gründe hinzu:

a) Es liegt, wie auch Eisele[8]) vorauszusetzen scheint, im Wesen der *eadem res*, daß, wenn sie zwischen zwei Aktionen als bestehend

1) Ob. S. 116 ff. 2) Vgl. ob. S. 6 N. 5.
3) Vgl. auch Levy, Priv. 142.
4) Über einen vereinzelten Meinungsstreit s. u. S. 150.
5) Anders Siber 153, 158, der ohne Bedenken die Kategorien der „unvollständigen" und der „vollständigen elektiven Konkurrenz" aufstellt.
6) Levy 1 N. 3. 7) S. ob. S. 121, u. Abschn. III. 8) 79, 339.

angesehen wird, es keinen Unterschied machen kann, ob die Klage a oder die Klage b zuerst erhoben wird. Schon logisch ist es schlechterdings ein Unding zu sagen, daß zwei Klagen *eadem res* nur unter der Voraussetzung bilden, daß die *litis contestatio* über die Klage a der *litis contestatio* über die Klage b nachfolge.[1]) Die Erfordernisse der Identität von *causa* und Ziel sind, wie oben dargelegt, aus Gesichtspunkten zu ermitteln, die mit der Prävention einer *actio* einfach nichts gemein haben. Greift also die *litis contestatio* im Falle a + b konsumierend ein, so muß sie es im Falle b + a gleichfalls. Das ist denn auch eine allgemeine Erscheinung und, wie wir sehen werden[2]), gerade eine Besonderheit ziviler Konsumption. Ein besonders sprechendes Beispiel ist uns im Falle *hereditatis petitio* ∽ *rei vindicatio* vorhin begegnet.[3]) Die durch die beanstandeten Worte hervorgerufene Abweichung ist deshalb verdächtig.

b) Das Zuständigkeitsgebiet der *actio rat. distr.* kann als *species ista* nicht einmal elliptisch bezeichnet werden, da die *actio* sich, wie oben ausgeführt[4]), auf den Fall der Unterschlagung nicht beschränkt, sondern alles *perfide agere*, das der Tutor sich im Laufe seiner Geschäftsführung hat zuschulden kommen lassen, in den Kreis ihrer Sühne zieht. Die Abgrenzung des Anwendungsbereiches, der der *actio tutelae* vorbehalten ist, hätte Ulpian weder sich so leicht gemacht noch so undeutlich vorgenommen. Sachlich aber hätte die Abtrennung der durch die *actio rationibus distr.* nicht konsumierten Ansprüche die größte Schwierigkeit machen müssen. Sofern z. B. in einem einzelnen Geschäft der Tutor teils dolos und perfide, teils nur nachlässig verfahren wäre, wäre der Anspruch aus diesem Geschäft teils konsumiert worden, teils bestehen geblieben: eine derartige Anspruchszerstückelung wäre selbst im heutigen Rechte, das auf der Konkurrenz der Ansprüche, nicht der Aktionen beruht, unmöglich.

c) Gerade die *actio tutelae* hat schon oben[5]) Gelegenheit geboten darzutun, daß sobald ein Anspruch in ihr *iudicium* deduziert worden ist, die *a. tut.* überhaupt, also wegen aller übrigen zur Zeit des Prozesses fälligen oder zukünftigen Prästationen konsumiert ist. Ist nun zwar nicht die *a. tut.* angestellt, wohl aber eine Klage, die mit

1) Eine solche Voraussetzung erwähnt auch Ulpian im Anfangssatze nicht. 2) S. u. § 116. 3) Ob. S. 127 f. 4) S. 111 f. 5) S. 88 ff.

ihr *eadem res* bildet, so muß offensichtlich derselbe Effekt eintreten.[1]) Das läßt sich auch aus der Formel der *a. tut.* ableiten, die mit ihrem *quidquid* . . . alles namhaft macht, was überhaupt aus dem Tutelverhältnis geschuldet werden kann, also auch das, was bereits Gegenstand der *actio rationibus distr.* gewesen ist.[2]) Daß dieses letztere nicht den alleinigen Inhalt der *intentio incerta* ausmacht, ist hier so wenig von Belang wie im Falle *rei vindicatio* + *hereditatis petitio* der Umstand, daß nur einzelne Erbschaftssachen vindiziert worden sind.

d) Bei solcher Sachlage kann kein Klassiker für beschränkte Konkurrenz eingetreten sein. Wo wir über eine Meinungsverschiedenheit unterrichtet sind: in dem Falle *actio communi dividundo* ∽ *actio pro socio*, spielen andere Erwägungen mit hinein.[3]) Aber auch in diesem Falle ist es gerade Ulpian, der Verfasser unserer Stelle, der den Gedanken einer teilweisen Konkurrenz mit Entschiedenheit abweist.[4])

e) Der Anlaß für die Interpolation liegt deutlich zutage. Die Kompilatoren, die an Stelle der *litis contestatio* die *solutio*, anstatt des *quale* das *quantum*, anstatt der *actio* den Anspruch für maßgebend erklärten und so zu den Urhebern der Nachforderungsklage wurden[5]), zogen nur eine selbstverständliche Folgerung, wenn sie auch die beschränkte Aktionenkonkurrenz anerkannten. Wer die Nachforderungsklage für justinianisch hält, wird an der Unechtheit von *quod ad speciem istam* nicht zweifeln dürfen.

§ 15. 5. **Adjektizische Klagen.**

a) Actio de peculio ∽ actio quod iussu.

Auf dem Gebiete einfacher Aktionenkonkurrenz liegen von den Fällen, die über die sog. adjektizischen Klagen überliefert sind, nur wenige. Von den zum *edictum triplex* gehörigen Aktionen können die *actio de peculio* und die *actio de in rem verso* deshalb nicht konkurrieren, weil sie, wie jetzt feststehen dürfte[6]), überhaupt nur eine Formel bilden. Dagegen ist es möglich und überliefert, daß die *actio de peculio* mit der *a. quod iussu* konkurriert.

---

1) Denn nicht *eadem actio*, sondern *eadem res* ist entscheidend: s. ob. S. 76f.
2) Zutreffend Karlowa II 988. 3) Darüber u. § 106.
4) D. 17, 2, 43 (1. Satz). 5) Vgl. u. S. 162 ff., § 32 zu a.
6) Lenel 270 f., Rabel, RPR. 510.

Ulp. D. 14, 5, 4, 5: *Is qui de peculio egit, cum posset quod iussu, in ea causa est, ne possit quod iussu postea agere, et ita Proculus existimat: sed si deceptus de peculio egit, putat Celsus succurrendum ei: quae sententia habet rationem.*

Es herrscht hier nur die richtige Ansicht. Das *egit* und *ne possit . . . postea agere* bedeutet unverkennbar Prozeßkonsumption, aus der heraus auch die Ausführungen des Gaius in IV 74 allein zu verstehen sind. Dementsprechend liegt *eadem res* vor. Als *causa* aller adjektizischen Klagen kommt nicht eines der Momente, die die Passivlegitimation des *dominus* (oder *pater*) begründen[1]), sondern lediglich das *negotium* des *servus* (oder *filius familias*) in Betracht.[2]) Das lehrt die häufige Ausdrucksweise, daß die Klage *ex persona*[3]) des Gewaltunterworfenen[4]) gegeben werde, eine Bemerkung, die auch gerade bei der zusammenfassenden Erwähnung der Klagen des *edictum triplex* wiederkehrt.[5]) Es wird weiter durch die große Zahl von Fragmenten bestätigt, die, wie sich zeigen wird[6]), bei der Aktionen- oder Personenkonkurrenz gleicher oder verschiedener adjektizischer Klagen überall *eadem res* annehmen. Endlich wird es durch die Formeln selbst, die Lenel[7]), zum großen Teil nach Kellers Vorbild, im wesentlichen zweifellos richtig rekonstruiert hat, gefordert: die *in ius* konzipierte[8]) *intentio*, die die zu konsumierende *obligatio* enthält, kennt lediglich den Gewaltunterworfenen als (wirklichen oder fingierten) Schuldner, während der belangte *dominus* nur als Objekt der für die Konsumption bedeutungslosen[9]) *condemnatio* erscheint. Also sind auch für die Frage der *eadem res* allein aus der *obligatio* des Gewaltunterworfenen die er-

---

1) S. auch ob. S. 82 f., 95.

2) Keller, Litiskont. 419 ff., Alibrandi I 174, Ferrini, ZSSt. 21, 190 ff.; vgl. auch Lenel 275.

3) D. 14, 1, 1, 24. Hier hat die Verbindung von *ex persona magistri* mit dem folgenden *et ideo* von jeher Eindruck gemacht: vgl. z. B. Keller 431 f., Ferrini 193.

4) Weniger genau ist *servi nomine* (Seckel, *nomen* 1d, Gradenwitz, Festschrift für Schirmer 144). Aber es begegnet gleichfalls in jenem Sinne: z. B. D. 46, 3, 84. 5) Marcian. D. 22, 1, 32, 3.

6) S. 238 ff., § 32. 7) 249, 255, 264 f., 270, 273 f.

8) Von ihr ist natürlich auszugehen, weil nur sie unmittelbar auf die Prozeßkonsumption reagiert: s. ob. S. 55 f.; vgl. auch Wlassak, ZSSt. 33, 104 N. 1. 9) S. ob. S. 82 f., 118, 142.

forderlichen Momente zu entnehmen. Diese *obligatio* wird in ihrem Inhalt nicht dadurch verändert, daß die *demonstratio* bei den einzelnen Klagarten verschiedene Zusätze aufweist. Denn die Zusätze betreffen nur die für die Kondemnation des *dominus* nötigen Voraussetzungen, nicht die Erfordernisse des *oportere* des Gewaltunterworfenen. Dieses letztere ist bei allen Klagen durch die *intentio* und die auf sie bezüglichen Teile der *demonstratio* in buchstäblich identischer Weise bestimmt.[1]) Und so folgt daraus allein bereits notwendig das Vorliegen von *eadem res*. Denn es gibt wohl, wie wir gesehen haben[2]), eine *eadem res* ohne *eadem intentio*, niemals aber *eadem intentio* (und also wirkliche Obligationeneinheit)[3]) ohne *eadem res*.[4])

Damit erledigen sich weitere Beobachtungen über das Klagziel: es ist eben ganz dasselbe, wie wenn die Klage direkt gegen den primären (gewaltunterworfenen) Schuldner ginge. Denn für die den Inhalt der *intentio* bildende, nur eines Zieles fähige *obligatio* spielt es keine Rolle, ob in der *condemnatio* der Schuldner oder ein anderer, ob dort diese oder jene oder keine besondere Klausel erscheint. In unserem Falle gibt es dazu noch das Argument, daß, wenn die Kondemnationsklausel als individualisierend in Anspruch genommen würde, man zu dem absurden Ergebnis kommen müßte, daß auch die *actio de peculio et de in rem verso* in sich verschiedene Ziele berge, die nur durch den Zusammenschluß zu einer Formel gehindert wären, Klagenkumulation hervorzurufen. Man sieht: bei der Beurteilung der *eadem res* werden hier die prätorischen Zutaten überall übersehen; sie bewirken nur, daß eine Konkurrenz eintritt, tasten aber die zivile Konsumption nicht an.

So kommt es, daß eine Stelle wie unser fr. 4 § 5 ganz allgemein sprechen, also auch die Fälle treffen kann, in denen die Formel

1) S. auch die parallelen Erörterungen bei der Personenkonkurrenz und der doppelten Konkurrenz u. S. 238 f., § 32 zu a.

2) Vgl. auch Lenel 143.

3) Natürlich nicht im Sinne der Korrealitätstheorie des gemeinen Rechts (ob. S. 17 N. 1): die prätorischen Obligationen gegen den Gewalthaber sind verschiedene; nur die für das Konsumptionsverhältnis maßgebende (fiktiv-) zivile Schuld des Gewaltunterworfenen ist eine einzige.

4) Anders ausgedrückt: das Gebiet der *eadem intentio* stellt das Zentrum im Herrschaftsbereich der *eadem res* dar.

der *actio directa in factum* konzipiert ist[1]), sei es als zweite Formel neben der mit *intentio iuris civilis* versehenen, sei es, weil die Ersatzfunktion einer nicht rezipierten *actio in factum* zur Anerkennung pekuliarischer statt noxaler Haftung geführt hat.[2]) Im letztgenannten Falle würde sich gegen *eadem res* nicht etwa das Bedenken erheben, daß die Aktionen Strafklagen seien. Denn sie treffen dasselbe Delikt[3]) ja in genau derselben rechtlichen Charakterisierung.[4]) Auch bei dieser Betrachtung bleiben die auf den Gewalthaber bezüglichen Formelteile ganz aus dem Gesichtskreis. Damit erhebt sich aber für Konsumptionsfragen überhaupt eine Scheidewand zwischen dem Rechte der (mit der adjektizischen Klausel versehenen) Ordinärformel und dem Rechte der Klausel selbst, und zwar in dem Sinne, daß für Konkurrenzfragen überall nur das erstere Recht maßgebend ist. Das wird namentlich dann von Belang, wenn das Recht der Klausel einen Charakter annimmt, der dem Rechte der Ordinärformel entgegensteht. So wird die Konkurrenzentscheidung nicht dadurch berührt, daß die *actio de peculio*, soweit sie auf den Dolus des Gewalthabers, *quo minus peculii esset*, abstellt, ihre Strafnatur kundtut, indem sie passiv unvererblich ist d. h. gegen den Erben des Dolosen nur auf die Bereicherung geht.[5]) Die selbständige Entwickelung dieser doch nur zu Sachverfolgungsklagen oder zu als solchen fungierenden Aktionen hinzutretenden Klausel ist bemerkenswert genug und innerlich ganz folgerichtig. So unerhört eine derartige Betonung des Deliktselementes im Dolus bei Kontraktsklagen wäre[6]), so selbstverständlich ist sie, sobald der Dolus nicht *ex contractu reique persecutione descendit.* Mit dem (für die Konkurrenz allein entscheidenden) Kontrakt des Gewaltunter-

1) Daß es hier mit der Konsumption anders gehalten werde, wird, wenn man von der gaianischen Unterscheidung absieht, niemand behaupten wollen. Es mag deshalb dahinstehen, ob man die unmittelbare Bedeutung unseres Fragments mit Rücksicht auf den augenscheinlich attrahierenden Titel *de rebus creditis* (vgl. Gradenwitz, ZSSt. 27, 230. 245) einschränkender bestimmen soll.

2) Wie z. B. bei den *actiones de recepto, iurisiurandi, subsidiaria, de edendo, aediliciae*: Levy, Priv. 30 f., 32, 45, 63, ob. S. 135 ff.

3) Z. B. der *servus argentarius* hat eine bestimmte Quittung nicht ediert.

4) Vgl. ob. S. 141.

5) Ulp. D. 15, 1, 30, 7; dazu Levy 89 N. 10.

6) S. ob. S. 93 ff.

worfenen hat dieser Dolus des Gewalthabers nicht das mindeste zu schaffen: er ist nicht antikontraktlich, sondern außerkontraktlich.

Der letzte Satz des fr. 4 § 5 geht uns nur insoweit an, als er zeigt, daß die Prozeßkonsumption sich nicht bestreiten oder aus inneren Gründen paralysieren ließ. Bei Dolus des Beklagten empfiehlt Celsus nur das ultimum refugium der *in integrum restitutio*, die wir als Abwehr gegen Konsumption schon kennen gelernt haben[1]) und gerade im Gebiet der adjektizischen Klagen noch mehrfach antreffen werden.[2])

b) Actio de peculio ∽ actio tributoria.

Die eben gewonnenen Ergebnisse kommen uns jetzt zustatten.

1. D. 14, 4, 9, 1: *Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio an tributoria, [cum scit sibi regressum ad aliam non futurum]. plane si quis velit ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio, audiendus erit.*

Der interpolierte[3]) Klammersatz interessiert hier nicht. Der Anfang redet aber sehr deutlich, auch wenn hier in Abweichung von dem gewöhnlichen Ausgangspunkt eine *litis contestatio* als geschehen noch nicht vorausgesetzt und deshalb von *eligere* gesprochen wird. *Eligere* ist nicht technisch = *litem contestari*[4]), und auch hier hat es für sich allein diesen Sinn nicht. Erst die Verbindung mit *debet* und *experiatur* = *litem contestetur* stellt klar, daß dem Kläger nur eine der beiden Streitbefestigungen[5]) offensteht: *utrum de peculio an tributoria.* Danach müssen diese Klagen *de eadem re* sein, wie das nach dem über die adjektizischen Klagen allgemein Gesagten auch nur zu erwarten ist: Klaggrund und Ziel gibt die Hauptklage, die die *intentio* für die *actio tributoria* ebenso bietet wie für die *actio de peculio.* Das letztere ist freilich nicht überliefert, aber ganz gewiß mit Lenel[6]) als „das wahrscheinlichste" zu erklären. Es wäre höchst merkwürdig, wenn die *actio tributoria*, die mitten in der Zahl der adjektizischen Klagen ihren Platz hat und ihnen innerlich

1) S. 90. 2) S. u. S. 252 ff., 261 ff. und namentl. S. 244 N. 3.

3) Zu den Argumenten Gradenwitz' (Interp. 86 f.; zustimmend Krüger zdSt., Beseler II 86) wäre hinzuzufügen: a) Für die Konsumption kommt es nirgends darauf an, ob der Kläger seine Beschränkung auf eine Klage kennt oder nicht. b) *aliam* statt *alteram.* 4) S. 41 ff., insbes. S. 44 N. 7.

5) Cum grano salis: s. ob. S. 58 f. 6) 264 f.

durchaus zugehört, einen im wesentlichen abweichenden Formelbau aufzuweisen hätte. Namentlich wäre dann auch ihre gleichmäßige Behandlung in den Konkurrenzen[1]) eine nicht zu klärende Erscheinung. Endlich gibt einen Anhalt sogar unsere Stelle selbst, wenn sie am Schluß den besonderen Fall (*plane si*!) voraussetzt, daß ein Gläubiger *velit ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio*: in dem Gebrauch der verschiedenen Klagen an sich liegt also kein *agere ex alia causa*. — Ist das richtig, so wird es uns nach den Ausführungen zu a kein Bedenken mehr abgewinnen, wenn wir sehen, daß das Recht der *actio tributoria* sich außerhalb des Konkurrenzgebietes ebenso pönal erweist wie die *doli clausula* der *actio de peculio*.[2]) Auch hier ist es einleuchtend genug, daß diese Klage, die den Dolus des Beklagten voraussetzt und doch mit dem Recht des Kontrakts nicht in innere Verbindung bringt, dahin beurteilt wird, daß sie *dolum malum coercet domini*[3]); und dem entspricht es nur, wenn sie gegen den Erben des *dominus* bloß auf die Bereicherung geht.[4]) Andererseits erklärt es sich leicht, daß die reipersekutorische Funktion dieser Strafe zum Vorschein kam: *rei persecutionem continet*.[5]) Ob Julian darauf gerade die Perpetuität der Klage gegründet hat, ist nicht ganz sicher auszumachen.[6])

2. Das Geschäft des Gewaltunterworfenen bleibt die *causa* aller darauf gegründeten adjektizischen Klagen auch dann, wenn das Abhängigkeitsverhältnis ein mehrfach abgestuftes ist. Hat ein *servus vicarius* kontrahiert, so kann zwar natürlich immer nur der *dominus* belangt werden, dieser aber unter Umständen, nämlich

---

1) In diesem Punkte macht auch Gai. IV 74a gegenüber IV 74 keinen Unterschied.

2) Das beachtet Siber 71 nicht. 3) D. 14, 4. 7, 2.

4) Ulp. D. eod. 7, 5; eod. 9, 2 i. f. (hierzu Levy, Priv. 91 N. 1, u. § 156). An der Echtheit des Schlusses des fr. 9 (Levy 89 N. 10) halte ich trotz Beseler III 98 f., 203 fest. 5) Jul. D. eod. 8.

6) Aber wahrscheinlich. Denn auch Julian selbst spricht von *perpetuo teneri* im zweiten Satze, der dann seinen besonderen Sinn durch den Gegensatz der Annalität der *a. de peculio* erhält. Freilich stören die Worte *item heres eius* und die sie aufnehmenden *propter factum defuncti*. Die aber gehen sicherlich auf einen Glossator oder besser auf die Kompilatoren zurück, denen es oblag, eine Verbindung mit Ulpians letzten Worten herzustellen. Keinesfalls duldet der Inhalt eine Beziehung des Anfangs auf die Bereicherungsklage gegen den Erben; denn diese deutet nicht auf Ersatzfunktion: Levy 105 f.

wenn der *servus ordinarius* davon Kenntnis hat, nicht nur *vicarii*, sondern auch *ordinarii nomine*. Da aber, wie man als sicher annehmen darf, die *intentio* auch der *actio de peculio ordinarii* den *vicarius* zum Subjekt hat, so wird zwecks Erkenntnis der *eadem res* von dem *vicarius* ausgegangen und demgemäß für die Konkurrenz zwischen *actio tributoria* (*vicarii nomine*) ∽ *actio de peculio* (*ordinarii nomine*) Prozeßkonsumption angenommen.[1]) Das ergibt sich aus der zweiten Hälfte des fr. 5 § 1 eod., wo Ulpian fast dieselben Worte gebraucht wie in der eben besprochenen Stelle.[2]) Das Konsumptionsverhältnis wird hier noch verdeutlicht durch die Erwähnung des auch gegenüber der *actio tributoria* geltend zu machenden Deduktionsrechts; wie später erhellen wird[3]), ist die *deductio* gegenüber einer anderen Klage als der gegen den *dominus nesciens* gerichteten *actio de peculio* nur auf dem Boden eines Konsumptionsverhältnisses möglich.

c) Actio de peculio ordinarii nomine ∽ actio de peculio vicarii nomine.

Daß zwischen diesen Aktionen[4]) *eadem res* besteht, folgt aus einer Reihe selbständiger Tatsachen: aus der identischen *intentio*, welche beidemal auf dem fiktiven *dare* (*facere*) *oportere* des *servus vicarius* beruht; a potiori aus der eben besprochenen und belegten (D. 14, 4, 5, 1) *eadem res* zwischen der *actio de peculio ord. n.* und der *actio tributoria vic. n.*, zumal andererseits auch zwischen der letztgenannten Klage und der *actio de peculio vic. n.* Prozeßkonsumption eingreift[5]); endlich daraus, daß das Verhältnis des Ordinarius zum Vicarius genau dem des Dominus zum Servus entspricht und also von unserer Konkurrenz notwendig das gleiche gelten muß wie von der in D. 14, 5, 4, 5 und D. 14, 4, 9, 1 auf *eadem res* zurück-

---

1) Die Konkurrenz der *actio tributoria v. n.* mit der *actio de peculio vicarii nomine* ist bereits zu 1 erörtert. Diese Konkurrenz besteht natürlich immer, wo überhaupt die *actio tributoria* gegeben ist: Gai. IV 74a init.

2) Näheres hierzu bei Erman, Servus vicarius 485 ff.

3) U. S. 243 ff.

4) Daß Aktionen und nicht bloß Formeln konkurrieren (vgl. ob. S. 27 f.), beweist die Verschiedenheit der materiellen Klagvoraussetzungen.

5) S. ob. N. 1. Dazu die Erwägung, daß, wenn zwischen a und b und zwischen b und c *eadem res* herrscht, auch a und c *de eadem re* sein müssen. Näheres u. § 117 a. E.

geführten Konkurrenz zwischen *actio qu. iussu* (oder *actio tributoria*) und *actio de peculio.*[1]) So befänden wir uns denn auch auf unbestrittenem Boden, wenn es nicht in Ulp. D. 15, 1, 19 pr. hieße:

Hinc quaeritur, si ordinarii servi nomine actum sit de peculio, an agi possit et vicariorum: et puto non posse. sed si actum sit de peculio vicarii, agi poterit et de peculio ordinarii.

Aber die Zurückhaltung, die die Interpolationenforschung diesem Fragment gegenüber bisher bewahrt hat, muß aufgegeben werden. Es enthält schon in sich einen Widerspruch, weil es gegen die im Gebiet der prozessualen Konsumption ausnahmslos anerkannte[2]) Gleichung a + b = b + a verstößt. Ob *eadem res* vorliegt, haben die Klassiker niemals von der Reihenfolge der Streitbefestigungen abhängig gemacht. Entweder muß also der erste oder der letzte Satz verfälscht sein. Daß es der letzte ist, kann keinem Zweifel mehr unterliegen. Ihn kann nicht derselbe Ulpian geschrieben haben, der in demselben 29. Buch *ad edictum* alle die Äußerungen tut (D. 14, 4, 5, 1; eod. 9, 1; 14, 5, 4, 5), die uns soeben mit Sicherheit das Gegenteil erkennen ließen. Ebensowenig aber läßt sich der Satz dadurch retten, daß man mit Erman[3]) eine durch nichts angedeutete[4]) *in integrum restitutio* in ihn hineinliest. Denn abgesehen davon, daß ein ediktaler Restitutionsgrund, wie er im Bereich der einfachen Aktionenkonkurrenz von den Klassikern allgemein gefordert wurde[5]), hier nicht zu entdecken ist, zeugt auch dawider Ulpian, wenn er in D. 14, 5, 4, 5 die Restitution nur gegenüber einem dolosen Beklagten zuläßt[6]): für eine verschiedenartige Behandlung dieses Falles und des unseren dürfte es schwerfallen, einen Grund zu finden.[7]) Der Umstand, daß die Stelle sprachliche Anstände nicht bietet, spricht nicht gegen das Gesagte. Er macht es aber wahrscheinlich, daß die ihrem Grunde nach leicht zu erklärenden Eingriffe der Byzantiner sich auf wenige Worte beschränkt

---

1) S. ob. zu a) und b). 2) S. ob. S. 148 f.

3) Servus vicarius 516 ff., ZSSt. 19, 341 N. 1.

4) Von dem materiellen Ergebnis, mit dem Erman operiert, oder von der Beendigung des ersten Prozesses ist nicht einmal die Rede.

5) S. u. S. 244 N. 3 a. a. E. 6) Ob. S. 154.

7) Im Gegenteil: das an D. 15. 1, 17 anknüpfende *hinc quaeritur* deutet erneut auf die Gleichsetzung des *ordinarius-vicarius*-Verhältnisses mit dem zwischen *dominus* und *servus*.

haben werden. Hätte Ulpian etwa geschrieben: *sed ⟨et⟩ si actum sit de peculio vicarii, agi ⟨non⟩ poterit de peculio ordinarii,* so genügten ein paar Striche zur Änderung des Sinnes. Daß Derartiges wirklich im Urtext gestanden habe, dafür liegt ein geringes Indiz in dem steigernden Singular *vicarii*, an dessen Stelle den Kompilatoren der vorher gebrauchte Plural erwünschter hätte sein müssen.

§ 16. 6. Actio noxalis ∽ actio sine noxae deditione.

Auch auf dem anderen Gebiete der Haftung für Gewaltunterworfene liegt naturgemäß die Mehrzahl und das Schwergewicht der überlieferten Fälle bei der Personenkonkurrenz. Für die einfache Aktionenkonkurrenz kommt hier lediglich der Fall in Betracht, in dem der Dominus aus demselben Sklavendelikt sowohl *sine* wie *cum noxae deditione* belangt werden kann. Ob es eine solche Konkurrenz überhaupt gab, war noch zwischen Celsus und Julian streitig[1]) und gehörte somit zu den Fragen, die noch von den Spätklassikern eigenes Urteil forderten. Aber die Bejahung scheint für den Fall der *scientia domini* schließlich überall Feld gewonnen zu haben. Wurde nun die Konkurrenz anerkannt, so mußte sie auch geregelt werden. In diese Sphäre führt Paulus in D. 9, 4, 4, 2. 3:

> *Cum dominus ob scientiam teneatur, an servi quoque nomine danda sit actio, videndum est:* [*nisi forte praetor unam poenam a domino exigi voluit*]. *ergo dolus servi impunitus erit? quod est iniquum: immo utroque modo dominus tenebitur,* [*una autem poena exacta, quam actor elegerit, altera tollitur*].
>
> *Si detracta noxae deditione quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius:* [*absolutione facta et finito iudicio*] *amplius agendo cum noxae deditione exceptione rei iudicatae summovebitur, quia res in superius iudicium deducta* [*et finita*] *est.* [*donec autem prius iudicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda paeniteat, tunc ad noxalem causam transire.*] *Contra quoque si cum eo qui scit cum noxae deditione actum sit, amplius in dominum detracta noxae deditione danda actio non est:* [*in ipso autem iudicio, si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus.*]

1) D. 9, 4, 2, 1; vgl. dazu u. S. 170 f.

Die Inskription (3 ed.) besagt, daß die Frage nicht mehr an ihrer Quelle, der *actio legis Aquiliae*[1]), haftete; sie war zu Paulus' Zeit eine alle Pönalklagen berührende geworden. Sonst würde sie Paulus nicht (ebenso wie Ulpian andere durch die *actio in solidum* hervorgerufene Probleme)[2]) bei Gelegenheit der *actio de albo corrupto*[3]), also zu dem ersten Ediktstitel[4]) behandelt haben, in dem die Tat eines Sklaven überhaupt praktisch werden konnte. Die Ausführungen des Paulus sind also als ganz allgemeine aufzufassen. Er beginnt mit der Frage, ob gegen den *dominus conscius* neben der Klage ohne *noxae deditio* eine Klage *servi quoque nomine* zu gewähren sei. Eine ganz konzinne (*etiam servi nomine*) affirmative Antwort begegnet bei Ulpian (-Julian?) D. eod. 2, 1 i. f.. In unserer Stelle schiebt sich eine Erörterung ein, deren einen Teil wahrscheinlich das *nisi forte . . . voluit* verdrängt hat.[5]) Der andere Teil, der in

---

1) Hier war die Solidarklage gegen den *dominus conscius* aufgekommen und allein proponiert (vgl. Lenel 194, 196, 319 N. 5); hier nahm die Entwickelung also, wie das überdies auch D. eod. 2, 1 zeigt, ihren Ausgang.

2) D. 9, 4, 3; eod. 5; eod. 7.

3) So mit Recht Lenel 58; anders Eisele, Abhdlgn. z. Röm. ZivPr. 54 f., der die Fragmente zum Titel *de edendo* stellt; das scheitert aber an den Inskriptionen des Ulpiankommentars (Buch 3 — Buch 4).

4) In dem vorangehenden Titel über die Munizipalbeamten konnte es zu einer Noxalhaftung nicht kommen: auch nicht bei der *actio in factum* wegen Saumseligkeit im Verfahren wegen *damnum infectum*: Levy, Priv. 48.

5) Daß diese Worte nicht auf Paulus zurückgehen können, ist sicher (so auch Faber nach P. Krüger zdSt.; anders Eisele 79, 372 f.): a) Das nachhinkende *nisi forte* ist berüchtigt genug. b) Es ist undenkbar, daß die Zulässigkeit einer wissenschaftlichen Kontroverse davon abhängig gemacht wird, daß möglicherweise der Prätor (welcher?) früher etwas anderes gewollt (aber nicht erklärt) hat; doppelt undenkbar, wenn jene Betrachtung gerade dazu dienen soll, dem Prätor in seinem Zweifel (*an . . . danda sit actio*) zur Hand zu gehen. c) Aus welchem Grunde noch Paulus im unklaren darüber gewesen sein könnte, was der Prätor meinte, ist unerfindlich. d) Der mit *poenam exigere* operierende Einwurf berührt die auf *actionem dare* gestellte Frage gar nicht; er verhält sich zu ihr wie das justinianische Recht zum klassischen. Wo die Klassiker an Klagenkonkurrenz und folgeweise an Konsumption durch *litis contestatio* denken, richtet sich das Augenmerk Tribonians sofort auf den Punkt, ob doppeltes *exigere* statthaft ist: eine Frage, die für einen Klassiker keinesfalls auftauchen konnte, ehe er sich über das Ob der Konkurrenz klar war. Über *exigere* = erfolgreich einfordern, beitreiben s. etwa Gai. IV 22, 23, Ulp. D. 24, 3, 64, 6; 50, 16, 187, Mod. D. 46, 3, 74 und Lenel, ZSSt. 30, 336 f.

der Erwägung *ergo dolus servi impunitus erit?* gipfelt und sich damit das Argument Ulpians (Julians): *ut . . . non servum excuset, sed dominum oneret* sichtlich zu eigen macht, führt unter Hinweis auf die *aequitas* zu der im Sinne des Paulus zweifellos zutreffenden Entscheidung *immo utroque modo dominus tenebitur.* Hieran ist sprachlich und sachlich kaum etwas auszusetzen.[1])

Um so mehr an den Schlußworten des § 2[2]). Sie hat schon Eisele für interpoliert erklärt, wenn auch aus ganz unzureichenden Gründen.[3]) Wie in dem voraufgehenden *nisi-forte*-Satze das *unam poenam exigi,* so tritt hier das daraus übernommene *una poena exacta* als Fremdkörper in die von der Klagenzuständigkeit sprechende Erörterung. Ferner zeugt der Ausdruck *poena tollitur* von einer Undurchsichtigkeit, die sich bei einem die Technik des Formularprozesses kennenden Juristen nicht erklären ließe: bedeutet er den Wegfall der schon beigetriebenen, der erst erkannten Strafe oder des anhängig gemachten Prozesses oder gar der *actio,* der *obligatio?* Und weiter: in welcher Weise soll

1) Anders Faber und P. Krüger.

2) Anders noch Karlowa II 990 N. 2.

3) Nämlich deshalb (79, 372 f., vgl. auch 390 f.), weil der echte Paulus hier Kumulation beider Klagen angenommen habe. Eine solche Kumulation wäre zunächst praktisch nicht zu verstehen, weil sie den *dominus,* der das Sklavendelikt, *cum prohibere posset, non prohibuit* (fr. 3), einer viel schärferen Strafe aussetzen würde als den *dominus,* der selbst delinquiert hätte. Sie folgt überdies aus *utroque modo* . . . keineswegs, da diese Worte über die Art der Konkurrenz nichts besagen (s. im Text); auch lehnt die Überlieferung das *unam poenam exigi voluit* gewiß nicht ab. Ohne diese (scheinbaren) Argumente hätte Eisele die „Solutionskonkurrenz" des Fragmentes nicht beanstandet; denn es fehlt ihm hier an *eadem causa,* da „der Grund der einen Haftung die *scientia* des Herrn, der der anderen sein Eigentum am Sklaven (so übrigens auch schon 77, 470) oder, wenn man von der Auffassung der Stelle, daß bei der *actio noxalis* der Sklave getroffen werde, ausgeht, die Tat des Sklaven" ist. Ein rechtes Beispiel dafür, wohin es führt, wenn derartige Behauptungen ohne Quellenbeweis aufgestellt werden. Die *causa actionis* läßt sich nicht einfach empfinden. Geradezu eine petitio principii aber ist es, wenn man die Entscheidung einer Stelle für die Auffindung der *causa* verwertet, um aus dieser dann wieder jene zu rechtfertigen (vgl. dazu ob. S. 98 ff.). Eiseles ganzer Standpunkt von 1892 ist um so unbegreiflicher, als er in den Jahren 1889 (Abhdlg. z. röm. ZPr. 55 f.) und 1891 (77, 470 f.) angesichts des folgenden § 3 richtig „zwischen beiden Klagen Konsumptionsverhältnis angenommen" hat.

denn der Kläger *poenam eligere?*[1]) Nach klassischem Recht kann der Kläger wohl die Klage „wählen", aber nicht die *poena*; diese zu wählen (wo es überhaupt eine Wahlbefugnis gibt)[2]), ist doch vielmehr Sache des Beklagten, der sich darüber schlüssig zu machen hat, ob er den Sklaven *noxae* dediert oder die Litisästimation zahlt. Endlich kann *exacta* immer nur die eine, niemals die andere Strafe sein, da die *noxae deditio* sich nicht „beitreiben" läßt.[3]) Dazu kommt das entscheidende Moment von außen, daß im Schlußsatz des § 3[4]) jenes *tollitur* in einwandfreier Weise weder von einem *solvere* noch einem *exigere*, sondern von *actum sit*, also vorgängiger *litis contestatio* abhängig gemacht wird. So möchte man vielleicht an unserer Stelle ein ursprüngliches *una autem lite contestata altera tollitur* vermuten wollen. Aber kaum mit Recht. Ganz abgesehen davon, daß Paulus hier wie vorher und nachher wahrscheinlich im Futurum gesprochen hätte, ist doch die im Anfang des § 2 gestellte Frage mit *utroque modo dominus tenebitur* in vollem Umfange beantwortet. In welcher Weise die damit eröffnete Konkurrenz abläuft: das gleichfalls zu erwägen, lag freilich nahe genug. Aber darauf geht ja Paulus auch sofort im § 3 ein[5]); daß er sein Ergebnis knapp vorweggeschickt hätte, um es hernach ausführlich zu wiederholen, ist nicht wahrscheinlich. — Die Kompilatoren fühlten die Vollständigkeit durch das Folgende nicht ebenso gewahrt. Weil für sie die Litiskontestation ihren maßgebenden Einfluß verloren hatte, so stieg der materiellrechtliche Inhalt der Entscheidung in seiner Bedeutung für die

---

1) ἅπαξ λεγόμενον! VIR. II 458; s. auch ob. S. 45 N. 4.

2) Also innerhalb des *iudicium noxale*. — Nur an die Wahl zwischen Sklaven und Litisästimation kann die Stelle gedacht haben, nicht an die Wahl zwischen Litisästimation auf Grund der einen und Litisästimation auf Grund der anderen Klage; denn sind zwei Geldleistungen genau die gleichen, so hat es keinen Sinn, von einer Wahl zu sprechen; *una poena* und *altera poena* können auch nur inhaltlich verschiedene Strafen bezeichnen.

3) So wenigstens nach D. 42. 1, 6, 1 die allgemeine Meinung: vgl. z. B. Wenger, Actio iudicati 65 f.; vgl. aber auch die Zweifel Lenels 191.

4) Auch der Anfangssatz des § 3 ist mit einer Solutionskonkurrenz nicht zu vereinigen: vgl. dazu den von Eisele 79, 389 selbst ausgesprochenen allgemeinen Satz.

5) Die §§ 2 und 3 gehören derart zusammen, daß man die Paragraphengrenze zwischen ihnen tilgen könnte. Aber solange man nicht weiß, mit welcher Partikel der Anfang des § 3 sich an das Vorangehende anschloß, läßt man besser alles beim alten.

Konsumption. Da nun der von Paulus im Beginn des § 3 besprochene Fall offensichtlich nur zu einer Absolution führen konnte, so mochte es ihnen ratsam erscheinen, die Konsumption noch für den Fall zu regeln, in dem der Kläger ein obsiegendes Urteil erzielte, und so fügten sie die Schlußworte des § 2 ein.

In ihnen begegnet uns zum ersten Male das klare Bekenntnis der Byzantiner zu der Solutionskonsumption, die ihnen an die Stelle der klassischen Prozeßkonsumption getreten ist. Eines Beweises ab ovo ist diese Tatsache seit den Arbeiten Alibrandis, Ascolis und Eiseles nicht mehr bedürftig, dient ja doch zudem mittelbar diesem Beweise die vorliegende Schrift fast überall. Nur einige allgemeine Bemerkungen dürften hier angebracht sein. — Die justinianische[1]) Reform war hier nichts weniger als vom Zaun gebrochen. Eher ließe sich staunen, wie man auch nur äußerlich jahrhundertelang noch mit den klassischen Grundsätzen ausgekommen war.[2]) In der nachklassischen Zeit, da das eingliedrige Kognitionsverfahren den Formularprozeß verdrängt hatte, war der konsumptionswirkende Faktor, die *litis contestatio* in ihrer Gestalt als entscheidende Grundlegung des Urteilsverfahrens, und das Objekt der Konsumptionswirkung, die *actio* in ihrer Eigenart als prozessuales Individuum, verschwunden. Einen Prozeßbegründungsakt, bei dem Obrigkeit und beide Parteien zusammengewirkt und ihren übereinstimmenden Willen in festen Worten niedergelegt hätten, gab es nun nicht mehr[3]), und auch später, als Justinian die *litis contestatio* in veränderter Form zu neuem Leben zu erwecken suchte[4]), fehlte ihr alles zu einem Tatbestand, dem er mit innerer Konsequenz oder auch nur aus Zweckmäßigkeitsgründen die einschneidenden Konsumptionsfolgen hätte beilegen können. Auf der anderen Seite blieb von der *actio*, der man die Formel und damit den Ausdruck ihrer wesentlichen Eigentümlichkeit genommen hatte, nur noch ein Schema übrig, das der Bequemlichkeit halber als zusammenfassende Bezeichnung gewisser Ansprüche fortbenutzt werden konnte, aber nicht mehr selbst ein lebenskräftiger Organismus war[5]): an die

1) Vgl. hierzu Levy, Sponsio 211 N. 2. 2) Dazu Eisele 77, 416 f.

3) S. jetzt Wlassak, Anklage und Streitbefestigung 143 N. 3, 229 N. 18.

4) Wlassak 146 ff., 174 ff., bes. 183.

5) So erklärt sich die Möglichkeit einer *actio mixta*: über sie Levy, Priv. 140 ff.

Stelle der *actio* trat das materielle Recht, der Anspruch.[1]) Mangels ihres Subjekts und ihres Objekts mußte so die Prozeßkonsumption ins Leere fallen, und die Versuche, die Lücken durch Anleihen beim materiellen Recht auszufüllen, blieben kümmerlich in den Anfängen stecken. Etwas eigenartiges Neues entstand überhaupt nicht. Denn den Satz, daß die *obligatio* durch *solutio* erlösche, kannten die Klassiker nicht weniger; er wurde jetzt aber auch da herangezogen, wo früher die Prozeßkonsumption eingegriffen hatte, um (im Falle einer Konkurrenz) bei *eadem res* einen Beklagten vor doppelter Verurteilung oder Exekution zu schützen. Die Kompilatoren setzten also nicht ein neues prozessuales Prinzip an die Stelle eines alten; sie führten das ganze Problem wie so viele andere in die Gedankenwelt des materiellen Rechts über und ließen es dort verpuffen. Ebenso ist auch nicht, wie man bisweilen sagen hört, bloß der Zeitpunkt der Konsumption verschoben, indem nicht schon die Klagerhebung, sondern erst die Befriedigung des Klägers befreiend wirke. Vielmehr ist für die Befreiung des Schuldners der Prozeß überhaupt ein ganz belangloses Motiv: die *solutio* wirkt durch sich selbst, also nicht um ein Haar anders, ob der Beklagte zu ihr durch Ladung, *pronuntiatio*, *sententia*, Exekution veranlaßt worden ist oder aus freien Stücken geleistet hat. Und so hat denn im justinianischen Recht eine *actio* auf die andere, ein Prozeß auf den anderen überhaupt keinen konsumierenden Einfluß.[2]) Der Beklagte kann nur die *solutio*[3]) einwenden, und diese wirkt als solche.[4]) Führt der Kläger aus, daß die *solutio* auf eine andere Schuld geleistet sei,

1) Freilich wurde auch im vorklassischen und klassischen Rechte gerade in dem Falle einer *obligatio civilis* die prozessuale Konsumption der *actio* erst durch die der *obligatio* herbeigeführt (s. oben S. 50 ff.). Indessen hing das mit der Anerkennung des *litis contestatione teneri* und des *iudicatum facere oportere* zusammen. Es setzt also einen Rechtszustand voraus, der für die justinianische Zeit so sehr überwunden war, daß wir ihn aus ihren Quellen niemals mit einiger Sicherheit hätten erschließen können.

2) *Numquam actiones* (*praesertim poenales*) *de eadem re concurrentes alia aliam consumit*: D. 50, 17, 130 = Inst. 4, 9, 1: dazu u. § 121.

3) Von den übrigen materiellen Befreiungsgründen wird hier natürlich abgesehen.

4) Aber grundsätzlich in anderer Art als die *litis contestatio*: s. darüber u. S. 333 ff.; daraus ergab sich mit Notwendigkeit die Zulassung der Nachforderungsklagen.

so ist es Sache des Beklagten, die beiden Schuldverhältnisse als *de eadem re* klarzulegen; von dem etwaigen Vorprozeß braucht bei alledem die Rede nicht zu sein. — Wenn die so gänzlich andersartige Anschauung des klassischen Rechts doch noch an zahlreichen Stellen hervorleuchtet, so liegt das zum einen Teil an der erklärlichen Unfähigkeit der Kompilatoren, aus den mit jedem Worte im Aktionensystem fußenden Werken alle Spuren zu tilgen, zu einem anderen Teile aber auch daran, daß ihnen *agere* häufig unverfänglich, weil auf das erfolgreiche Klagen bezüglich erschien: ein Mißverständnis, das, wie oben gezeigt[1]), nicht ohne einen gewissen Anhalt in der klassischen Terminologie war. Zum dritten gab es eine Anzahl von Fällen, in denen das Prozeßrecht sich gebieterisch geltend machte und das Solutionsprinzip versagte: gewisse Wirkungen der Litispendenz und des absolutorischen Urteils waren nicht zu umgehen. Andererseits erfuhr aber auch das Solutionsprinzip wenigstens nach einer Richtung hin — in dem Nachforderungsanspruch — eine konsequente Weiterbildung, über die noch zu reden sein wird.[2])

Kehren wir zu unserem Fragment zurück. Hier geht Paulus im § 3 zu der Behandlung der im § 2 nur konstatierten Konkurrenz über. Daß er sich für Prozeßkonsumption entscheidet, wird von Eisele[3]), Ascoli[4]) und Binder[5]) übereinstimmend angenommen und ist in der Tat sicher. Denn die beträchtlichen von Eisele[6]) als der Kompilation angehörig nachgewiesenen Stücke liefern nur einen Beitrag zu der gänzlichen Verflüchtigung des Aktionenbegriffs im byzantinischen Recht, berühren aber im wesentlichen den klassischen Gedankengang nicht. Der erste Bedingungssatz bringt den Fall *actio sine noxae deditione* + *actio cum noxae deditione* und macht die Wirkung korrekt von *si actum sit* abhängig; die Rechtsfolge *exceptione rei ⟨in iudicium deductae⟩ summovebitur, quia res in superius iudicium deducta [et finita] est* führt, wenn man den Satz in dieser Weise berichtigt, gleichfalls unzweifelhaft auf klassi-

1) S. 58 f. 2) S. u. S. 333 ff. 3) S. ob. S. 160 N. 3 a. E.

4) 36 ff. 5) 383, 386.

6) Abhdlgn. z. röm. ZivPr. 54 ff.; vgl. auch Ascoli 37 N. 1; Krüger zdSt.; Lenel, Pal. I 969 N. 3; Binder 383 N. 156 a. E.; Koschaker, Translatio iudicii 272 N. 3; Wlassak, ZSSt. 33, 135 N. 4 a. E.; Biondi, Actiones arbitrariae I 142 N. 1.

sches Recht zurück.[1]) Aber die Einschiebsel spielen hier bereits mit hinein; sie haben sicherlich dem *summovebitur* das Subjekt geraubt und das unrichtige Gerundiv *agendo* mit sich gebracht. Alsdann setzt Paulus wieder bei *contra quoque* ein, um dieser Einleitung entsprechend den umgekehrten Fall Noxalklage + *actio sine noxae deditione* zu setzen, wobei nochmals *actum sit* willkommen auffällt. Auch den die Entscheidung enthaltenden Hauptsatz (bis *non est*) hält man allgemein für echt, aber ganz zweifelsfrei ist er nicht, namentlich nicht, wenn man bedenkt, daß schon die Symmetrie die *exc. r. i. i. d.* hier ebenso auf den Plan hätte bringen müssen wie im ersten Satz: der Tatbestand, der dort als illiquid einer *exceptio* bedurfte, kann hier nicht ohne weiteres als liquid erachtet worden sein.[2]) Urgiert man die Worte, so sind sie geradezu falsch; denn Paulus meinte zweifellos keine Denegation, sondern im Gegenteil *datio actionis* mit *exc. r. i. i. d.* Und wenn selbst diese Bedenken nicht entscheidend sein sollten[3]), so ist doch zu beachten, daß die Wendung *amplius actionem dare* ungewöhnlich ist; daß dem futurischen *summovebitur* ein futurisches *non erit* entsprochen hätte; daß *in dominum* unnötig ist; daß endlich andererseits *danda non est* mit dem tribonianischen *non est prohibendus* vorzüglich harmoniert. Wie dem aber auch sei: der Sinn ist sicher Prozeßkonsumption.

Wie ist nun diese Konsumption von innen zu erklären? worin liegt die *eadem res*? Die ganze Sachlage hat unzweifelhafte Ähnlichkeit mit der bei den adjektizischen Klagen beobachteten. Wie dort so möchte auch hier alles *ex persona servi* gesehen worden sein und *causa* wie Ziel sich nach dessen Rechtshandlung orientiert haben; wie dort so würde es auch hier stark ins Gewicht fallen müssen, wenn die klassische Anschauung im Grunde von der Identität der Formel *cum* und *sine noxae deditione* ausgegangen wäre und die Verschiedenheit nur auf einzelne die *eadem res* nicht berührende Klauseln beschränkt gefunden hätte. Das ist die Ansicht Binders, der von einer „Identität der *actio cum* und *sine noxae deditione*" spricht und hierfür namentlich terminologische Momente anführt.[4])

---

1) Über die *exceptio* an Stelle der eher zu erwartenden Ipsojurekonsumption ob. S. 62 N. 2.

2) Vgl. dazu ferner ob. S. 57 N. 3. 3) S. ob. S. 54 N. 4.

4) 386, 381, 127 N. 37; dazu u. S. 166 N. 3, 167 N. 3.

Aber schwerlich mit Recht. Einmal ist die *intentio*, soweit sie *in ius* konzipiert ist[1]) und daher die *obligatio* zum Ausdruck bringt, auf ein *oportere* nicht des Gewaltunterworfenen, sondern des zu kondemnierenden *dominus* gestellt; ein Umstand, dessen Bedeutsamkeit für den Fall einer Mehrheit von *domini* sofort ins Auge springt. Ferner sind die *intentiones* bei beiden Klagen auch gar nicht identisch: die *actio furti noxalis* geht auf *aut . . . damnum decidere aut noxae dedere oportet*, die *actio furti detracta noxae deditione* dagegen nur auf *damnum decidere oportet.* Und das sind schwerlich nebensächliche Unterschiede, die sich mit den Abweichungen in der *demonstratio* und *condemnatio* der adjektizischen Klagen vergleichen ließen. Jede Änderung in einer *intentio iuris civilis* ist eine Änderung des Obligationsinhaltes[2]) und trifft deshalb das Wesen der Klage. Nirgends erhellt das klarer als gerade hier, wo die Fortlassung des *aut noxae dedere* in der *intentio* und sie allein die Grenze zwischen den Klagen zieht, die *iure civili*, und denen, die nur *iure praetorio sine noxae deditione* gegeben werden.[3]) Von einer „Identität" der ersteren

1) Vgl. ob. S. 151 N. 8.

2) Vgl. D. 9, 4, 2 pr.: *in solidum dominum o b l i g a t.* — Die Frage, ob die *noxae deditio* nur *in solutione* oder auch *in obligatione* ist (vgl. dazu Lenel 191), tut hier nichts zur Sache.

3) *Iure civili* (nämlich auf Grund der *actio leg. Aqu.* und der sich an sie anschließenden Interpretation: vgl. ob. S. 159 N. 1) geht die uns jetzt allein befassende Klage wegen *scientia domini* auf *oportere „sine noxae deditione"*. Nach prätorischem Recht ist dagegen diejenige Klage *„sine noxae deditione"*, die der Prätor gegen den seine *potestas* oder sein Eigentum leugnenden *dominus* gewährte (Lenel 154, 157, 159, 161). Das wird freilich oft nicht beachtet (so z. B. von Girard 682 N. 1) und auch von Binder übersehen, der 128 N. 37 a. E. von der einen *sine-noxa*-Klage auf die andere schließt. Nur der zivilen *sine-noxa*-Klage fehlt in der *intentio* die *noxae deditio*; bei der prätorischen Klage dagegen bleibt die *intentio* die der gewöhnlichen Noxalklage: es treten (erforderlichenfalls) nur die prätorischen Kondemnationsbedingungen gesondert, also wohl in einer *praescriptio* hinzu, und bloß in der *condemnatio* fallen die Worte *aut in noxam dedere* weg (s. auch Lenel einerseits 196, andererseits 159, 161). Wie hätte auch der Prätor auf Grund seines Ediktes den Inhalt des in der *intentio* bezeichneten zivilen *oportere* (vgl. Levy, Priv. 14 N. 1) zu ändern vermocht? Höchstens hätte er — was aber sehr wenig Wahrscheinlichkeit für sich hat (vgl. auch u. S. 325 N. 4 a. E.) — davon überhaupt absehen und die zivile *intentio* durch eine *in factum* konzipierte ersetzen können, wie das Lenel 161 erwägt. — Ähnlich dem Verhältnis zwischen mehreren adjektizischen Klagen ist daher allenfalls das zwischen der Noxal-

Klagen mit den *actiones noxales* kann also keine Rede sein. Es ist vielmehr gesondert nach *causa* und Ziel zu forschen.

Daß die *causa* der Noxalklage *noxa atque maleficium* d. h. die Tat des Sklaven ist, sagt Gai. D. 9, 4, 1 unmittelbar; das Eigentum oder die *potestas* des *dominus* begründet nur die Passivlegitimation, ähnlich wie bei den adjektizischen Klagen.[1]) — Die *causa* des (zivilen) *sine noxae deditione agere* ist aber keine andere. Das ist freilich kaum mit Binder daraus abzuleiten, daß Ulpian in D. eod. 3 von *noxalibus actionibus* spreche und auf diese das eben aus fr. 1 Zitierte über die *causa* zutreffe.[2]) Weit wichtiger ist, daß die Formel sich wahrscheinlich von der Noxalformel durch etwas anderes als die Vereinfachung der *intentio* überhaupt nicht unterschied[3]) und somit in der *demonstratio* ebenfalls nur die Tat des Sklaven nannte; aber auch wenn sie die *scientia domini* besonders hervorgehoben haben sollte[4]), so würde sie damit gewiß nur eine Voraussetzung erfolgreicher Klage genannt haben, etwa ebenso wie die *actio quod iussu* das *iussum* des Gewalthabers erwähnt. Ausschlaggebend ist wohl die allgemeine Erwägung, daß *causa* einer Deliktsklage stets das natürliche deliktische Faktum ist.[5]) Die *scientia domini* kann in diesem Sinne ein besonderes *factum* nicht sein; sie bewirkt nur, daß das *factum* des Sklaven nunmehr auch als *factum* des Herrn

klage und der prätorischen *actio sine noxae deditione*, die beide die gleiche *intentio* haben. Indessen konkurrieren hier nur Formeln, nicht Aktionen (s. ob. S. 27 N. 3).

1) Vgl. ob. S. 151.

2) Denn *in omnibus noxalibus actionibus* hat dort offenbar einen weiteren Sinn; mit demselben Rechte könnte man D. eod. 2 pr., wo *ex maleficio servi teneri* und Solidarhaftung des *dominus* gegenübergestellt werden, zum entgegengesetzten Schlusse verwerten.

3) Denn auch die Noxalformel erwähnt die *ignorantia domini* nicht (vgl. Lenel 196 N. 5). — Auch läge es besonders nahe, den immer wiederkehrenden Ausdruck *detracta noxae deditione* so zu erklären, daß die *sine-noxa*-Formel einfach dadurch entstand, daß man von der (etwa proponierten) Noxalformel bald nur in der *condemnatio* (so bei der prätorischen Klage), bald auch in der *intentio* (so bei der Zivilklage) die Erwähnung der *noxae deditio* detrahierte = fortließ. — Übrigens bezeichnet sowohl dieser Ausdruck wie der Terminus *sine noxae deditione* sowohl die zivile wie die prätorische Klage, und man darf deshalb aus ihnen nichts für die Natur bloß der zivilen *actio* folgern, wie das Binder 128 N. 37 tut; vgl. auch ob. S. 27 N. 3.

4) So wohl Lenel 196.

5) S. ob. S. 106 f.

gilt, wie das Ulpian zweimal mit aller Deutlichkeit ausspricht[1]): *ipse enim videtur dominus occidisse* und *quemadmodum si plures* (*scil. domini*) *deliquissent.* Wird aber solchergestalt das Delikt des *dominus* auf das Delikt des Sklaven zurückgeführt und mit ihm vergleichsweise verselbigt, so bildet es keine von dem letzteren verschiedene *causa.* Bedürfte es noch eines Beweises, so wäre auf die Tatsache zu verweisen, daß die Römer auch bei Mittäterschaft eine einheitliche *causa* annehmen, indem sie auch hier den Handlungsbegriff in seiner natürlichsten Gestalt zugrunde legen.[2])

Was das Klagziel betrifft, so soll durch die *actio in solidum* ohne jeden Zweifel der *dominus* für sein deliktisches Tun (oder Unterlassen) gestraft werden.[3]) Die *actio noxalis* dagegen ist ebenso zweifellos als Sühne für die Tat des Sklaven gedacht.[4]) Beruhigt man sich bei diesen Sätzen, so scheint es, daß es an einer Identität des Zieles fehle; denn daß Mittäter gesondert und kumulativ bestraft werden, ist bereits[5]) erwähnt worden und später noch näher zu beleuchten.[6]) Die Rechtfertigung des nach unserem Fragment trotzdem bestehenden Konsumptionsverhältnisses ist, soweit wir sehen, nur auf zweierlei Wegen denkbar. Entweder glaubt man die prinzipiell bestehende Kumulation der Klagen hier nur deshalb ausgeschlossen, weil sie sich gegen dieselbe Person richten, oder man hält den Satz über die Bestrafung von Mittätern für unanwendbar, weil *servus* und *dominus sciens* nicht „Mittäter" im technischen Sinne seien.

Die erstere Lösung ist aus inneren und äußeren Gründen abzulehnen. Die Zahl der Personen, gegen welche sich mehrere Klagen wenden, spielt, wie oben betont[7]) und hernach an der Erscheinung der doppelten Konkurrenz zu belegen ist, für die Frage der *eadem res*

---

1) D. 9, 4, 2 pr.; eod. 5 pr. — Diese Ausdrücke haben als Denkform ihre selbständige Bedeutung, und es ist nicht verständlich, daß Binder 125 N. 30, 128 N. 37, 389 ihren Wert dadurch zu vermindern sucht, daß er sie nur zur Begründung des Maßes der Haftung herangezogen findet. Im übrigen ist auch dies nicht einmal richtig: s. dazu u. S. 493 ff.

2) U. S. 283 f., 476 ff. Das obige Ergebnis wird übrigens durch das Folgende stark bekräftigt. 3) Vgl. die Belege zu N. 1.

4) Vgl. Gai. IV 75, D. 9, 4, 1; eod. 2 pr. § 1; eod. 4, 2 und sonst. Vgl. namentlich u. § 174. — Entgegengesetzt Monossohn, Actio de pauperie (1911) 25 ff.

5) S. 119 f. 6) S. 476 ff. 7) S. 9 ff., 76 f.

nirgends eine Rolle. Die *eadem res* hat ihre bestimmten Voraussetzungen. Sie läßt sich nicht von der zufälligen, dem Konkurrenzrecht ganz entlegenen Tatsache abhängig machen, ob zur Zeit der ersten *litis contestatio* das Gewaltverhältnis noch besteht, dessen Beendigung ja die prinzipielle Kumulation aufleben lassen müßte; umgekehrt würde — was recht mißlich wäre — ein Täter seinen Mittäter vorübergehend arrogieren können, um auf diese Weise auf die *suo* oder *eius nomine* erhobene Klage hin die *litis aestimatio* nur einmal zu zahlen.[1]) Das alles hat mit den die Konsumption regelnden Sätzen nichts zu schaffen, und es hätte, wenn die Römer die Personalunion, die den *dominus* den mehreren Klagen gegenüber zum Beklagten macht, wirklich als störend empfunden hätten, wohl mehr in ihrem Sinne gelegen, das mehrfache Vorgehen als unbillig zu erachten und den in diesen Fällen gangbaren Weg der prätorischen Hilfe[2]) gegen die Kumulation zu beschreiten. Ebenso widersetzen sich die Quellen jenem Auslegungsversuch. Zwar fehlt es an Belegen, die von dem Verhältnis des Herrn und des Sklaven als wahrer prinzipaler Mittäter[3]) oder von dem Verhältnis zwischen dem delinquierenden und später freigelassenen Sklaven[4]) zu dem *dominus*

1) Vgl. Gai. IV 77 i. f.

2) Darüber u. Abschn. III.

3) In Fällen, in denen der *dominus* neben dem Sklaven bei Ausführung der Tat tätig geworden ist. — Nerat. D. 47, 2, 84, 1 gehört nicht hierher. Denn dieses Fragment spricht nicht von einem Diebstahl, den mehrere gemeinsam begangen haben, sondern von dem Fall, daß zu gleicher Zeit und an gleichem Ort (*una*) als Alleintäter der *dominus* die eine und der *servus* „*alia res*" gestohlen hat. Aus diesem Grunde steht hier nicht Konsumption oder Kumulation d. h. die *exc. r. i. v. i. i. d.*, sondern die *exceptio furti una facti* in Frage, die den Kläger betroffen haben würde, wenn er den Dieb, der zwei Gegenstände zugleich entwendet hätte, zuerst nur wegen des einen und dann wegen des anderen getrennt belangt hätte (vgl. Cujac. observ. 26, 18). Dieser *exceptio*, die einen Anwendungsfall der *exc. litis dividuae* (Gai. IV 122) darzustellen scheint, wird von Dorotheos, schol. ὅτε πολλῶν zu Bas. 60, 12, 83 (Heimbach V 532) der Wortlaut ἀλλ' εἰ μὴ ἅμα γέγονεν ἡ κλοπή (*at si non simul furtum factum sit*) zugeschrieben. Bei der Ausbildung der *exceptio* dürfte Neratius eine besondere Rolle gespielt haben, da sich auf ihn gelegentlich ihrer Anwendung bei der *actio iniuriarum* Marcellus beruft (nach dem Bericht des Ulpian in D. 47, 10, 7, 5).

4) Gegen den die *actio directa* geht: Gai. IV 77; D. 9, 4, 5, 1; eod. 6; D. 47, 10, 17, 7.

sciens[1]) handeln.[2]) Aber Pomp. D. 9, 4, 7, 1 redet eine deutliche Sprache, wenn er in einem Falle, der den des fr. 4 § 3 nur durch das Hinzutreten einer *venditio servi* abändert, Konsumption eintreten läßt.[3])

Sehen wir uns so zu der zweiten Möglichkeit gedrängt, so glauben wir vorweg die Bemerkung nicht unterlassen zu sollen, daß wir uns, wenn wir ihr nachgehen, im Gebiet der Personenkonkurrenz bewegen. Wenn das nun auch ein willkommenes Anzeichen dafür ist, wie die Erscheinungen der Personenkonkurrenz und der Aktionenkonkurrenz sich gegenseitig durchdringen und in ihrer Behandlung aufeinander angewiesen sind[4]), so müssen wir uns doch hier auf das Nötigste beschränken. Es ist in der Tat zu behaupten, daß die Römer die Teilnahme an einem Vergehen — jedenfalls in gewissen Grenzen[5]) — von der prinzipalen Mittäterschaft abweichend geordnet haben. Die nähere Betrachtung dieser Tatsache läßt sich aber um so leichter auf später[6]) verschieben, als der Fall von Beihilfe, der Paulus an unserer Stelle beschäftigt, dem Noxalrecht eigentümlich ist. Während sonst die Beihilfe auf einem aktiven Verhalten beruht, wird es dem *dominus* bereits angerechnet[7]), wenn er nur von dem Vorhaben des Sklaven Kenntnis hat und die Gelegenheit, es zu verhindern, vorübergehen läßt.[8]) Aber diese Haftung des *dominus* hat sich erst allmählich entwickelt und auch da, wo sie bestand, nicht von vornherein zu einer Nebeneinanderhaftung von *dominus* und *servus* geführt. Das hierüber unterrichtende Referat Ulpians in D. 9, 4, 2, 1 läßt vielleicht auch einiges unsere Frage noch unmittelbarer Betreffendes erkennen. Was zu mannigfachen Mißverständnissen dieses Berichtes Anlaß gegeben hat, ist der Umstand, daß die Einteilungskriterien einerseits des Celsus,

1) D. 9, 4, 24 (*manumissus*) und D. 47, 2, 42, 1 sind hier nicht zu verwerten, da sie einen *dominus ignorans* voraussetzen: s. dazu u. S. 356 ff. In D. 9, 4, 5, 1 i. V. m. D. eod. 6, auf die sich Binder 127 N. 37 zu berufen scheint, wird nur das Ob, nicht das Wie der Konkurrenz behandelt.

2) Im ersteren dieser Fälle müßte, wäre der erste Lösungsversuch richtig, Konsumptionsverhältnis, im letzteren Kumulation bestanden haben; auf der Grundlage des zweiten Lösungsversuches ist dagegen in beiden Fällen entgegengesetzt zu entscheiden.

3) S. u. S. 339 f. 4) S. ob. S. 9 ff. 5) Hierzu u. S. 294 f.

6) S. u. S. 288 ff. 7) Vgl. Ferrini, Diritto penale romano 298 f.

8) D. 9, 4, 2, 1 init.; eod. 3; eod. 4 pr. i. f.; D. 47, 6, 1, 1; D. 50, 17, 50.

andererseits der herrschend gewordenen Meinung Julians sich kreuzen. Celsus zieht die Grenze zwischen den Zwölf Tafeln und der *lex Aquilia*, behandelt dagegen — höchst bemerkenswert — den Fall der *scientia* mit dem des Jussums gleich[1]): in der offenbaren Meinung, daß, falls der Herr nach positivem Rechte überhaupt *suo nomine* gefaßt werden kann, dessen Verhalten, auch wo es in dem bloßen *non prohibere* besteht, für das Tun und Lassen des in seinem *ius vitae necisque* stehenden *servus* derartig maßgebend ist, daß es in seinem Einfluß von dem unmittelbaren *iubere* nicht geschieden werden kann; wie im einen, so im anderen Falle läßt er daher den *servus* überhaupt nicht haften. Julian dagegen, dem Ulpian offenbar folgt, erkennt einerseits den Gegensatz zwischen den beiden genannten Gesetzen nicht an, indem er für die (im Verhältnis zu den Zwölf Tafeln) *posteriores leges* die Noxalhaftung als allgemeines Rechtsinstitut ansieht; andererseits macht er, ausgehend von der Frage *si autem non prohibuit* (*dominus*), *quemadmodum factum servi excusabimus?* den Unterschied zwischen dem *iubere* und dem bloßen Dulden (*scire* + *non prohibere*) zu dem entscheidenden: während für den ersteren Fall der Satz des Celsus *servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit* Billigung erfährt, wird für den Fall der *scientia domini* als Sinn der bahnbrechenden *lex Aquilia* der erachtet, daß sie *non servum excuset, sed dominum oneret.*[2])

Allerdings hat die hiermit wiedergegebene Diskussion etwas anderes als die Zuständigkeit der Klagen *cum* und *sine noxae deditione* nicht im Auge. Aber bemerkenswert ist es doch im höchsten Grade, daß einem Hochklassiker wie Celsus die vom Herrn geduldete Tat des Sklaven so sehr als eine einzige Handlung erschien, daß ihm die Einmaligkeit der Bestrafung unbedingt feststand und nur das erwägenswert war, ob der Sklave oder der Herr als Täter anzusehen sei. Das kontrastiert zu dem ihm längst bekannten Prinzip der kumulativen Bestrafung mehrerer Täter so scharf wie möglich und kann nicht eine von Celsus vertretene Sonderansicht sein. So findet denn auch Ulpian trotz aller Breite der Darstellung

---

1) Vgl. auch Seneca (edd. Peiper-Richter) Troad. v. 290 f.: *in me culpa cunctorum redit*: *qui non vetat peccare, cum possit, iubet.*

2) Dieses Ergebnis scheint für den Fall der *scientia* im spätklassischen Recht allgemeine Gültigkeit erlangt zu haben; für den Fall des *iussum* s. dagegen u. S. 289 N. 6.

kein Wort des Tadels gegen jene Ansicht. Nur dagegen kämpft er an, daß der *servus*, der *domino sciente* delinquiert, von Rechts wegen straffrei sein solle; aber nirgends ist gesagt, daß Sklave und *dominus* kumulativ zu strafen oder daß mehrere Delikte gegeben seien.

Wäre das jemals die Meinung der römischen Juristen gewesen, so würde sich die Haftung des *dominus conscius* ganz anders entwickelt haben, als sie sich tatsächlich entwickelt hat. Hätte man *dominus conscius* und *servus* als Mittäter betrachtet und beide kumulativ bestrafen wollen, so hätte die eigenartige Klage, die aus dem *factum* des Sklaven gegen den *dominus* auf das Ganze geht, nicht entstehen können oder spätestens mit dem Aufkommen der julianischen Ansicht obsolet werden müssen. Sie ist, indem sie die Tat des Sklaven und die *scientia domini* als notwendige Tatbestandsmerkmale zum Zwecke einer einzigen *condemnatio* zusammenfaßt, der deutlichste Ausdruck des Gedankens der Eintäterschaft, während die Annahme einer Mittäterschaft sich doch adäquat nur in dem Nebeneinanderbestehen der *actio cum noxae deditione* und einer direkten Klage hätte äußern können, die die Tat des *dominus* ebenso zu einer selbständigen *causa* erhob, wie wenn er sie *suis manibus* begangen hätte.[1]) Von einer solchen direkten Klage verlautet aber nichts, obwohl sie durch Denkformen wie die oben genannten[2]) theoretisch hinreichend vorbereitet gewesen wäre. — Die Vorstellung der Eintäterschaft von *dominus* und *servus* gewinnt an Schärfe, wenn wir an ein Delikt der *familia* denken, bei welchem die *servi* als wirkliche Mittäter beteiligt sind. Hier ist, wie unten noch auszuführen[3]), von dem *dominus sciens* die Litisästimation, die ein freier Täter zu entrichten hätte, so oft zu zahlen, wie Sklaven zu dem Delikt zusammengewirkt haben, weil eben in der Person eines jeden[4]) der *dominus* selbständig zu bestrafen ist (Prinzip der Mittäterschaft). Damit hat er dann aber die Strafe gebüßt; daß er außerdem noch einmal wie ein unmittelbarer Täter mit direkter Klage zur Verantwortung gezogen würde, davon ist keine Rede (Prinzip der mittelbaren Täterschaft, der Eintäterschaft). —

1) Vgl. D. 2,10, 1, 1; D. 47, 7, 7, 4. 2) S. 168 N. 1. 3) S. 345, 348 N. 1.

4) Nur das bedeutet der Ausdruck *et suo nomine et singulorum nomine* in D. 47, 6, 1, 1: *suo nomine* im technischen Sinne wie etwa in D. 9, 4, 2, 1; *singulorum nomine* eben mit Rücksicht darauf, daß über die Zahl der *singuli* hinaus eine Haftung nicht stattfindet; vgl. auch unten S. 345 N. 9.

Und hiermit verträgt sich die Meinung Julians durchaus. Denn seinem Ergebnis — und mehr als das ist uns nicht überliefert —, daß auch der *servus* angreifbar sein solle, wird man vollkommen gerecht, wenn man den Differenzpunkt gegenüber Celsus nur darin sieht, daß Julian nicht das objektive Recht, sondern den Kläger bestimmen lassen wollte, ob als Täter der unstreitig einen Tat[1]) der *dominus* oder der *servus* bestraft werden solle.

So ergibt sich für die in D. 9, 4, 4, 3 konkurrierenden Aktionen ein einheitliches Ziel und damit die Erklärung für das Konsumptionsverhältnis. Allgemein läßt sich aber aus dem Gesagten folgende Abstufung herleiten: Das *iussum domini* macht den *servus* zum bloßen Werkzeug und deshalb haftfrei.[2]) Die *scientia domini* setzt zwar eine gewaltige Einwirkung auf den Sklaven, aber immerhin dessen freie Entschließung voraus: sie kann deshalb keinen von beiden von der Verantwortung entbinden, läßt jedoch andererseits die von einem einzigen ausgeführte Tat nicht als die Tat mehrerer erscheinen: deshalb einmalige Strafe: *eadem res*. Endlich der Fall mehrerer Mittäter, von denen jeder die Tat selbständig will und zu ihrer Ausführung körperlich beiträgt: hier gesonderte Bestrafung eines jeden und daher Kumulation. Außerhalb des Sklavenrechtes fließen die Belege für eine Konkurrenz auf dem Gebiete der strafrechtlichen Teilnahme sehr spärlich. Um so wertvoller ist es, daß die Annahme der Eintäterschaft und ihr scharfer Gegensatz zur Mittäterschaft in dem hernach zu betrachtenden Verhältnis des *iubens* und des gewaltfreien *iussus* gegenüber einigen Interdikten eine vollkommene Bestätigung findet.[3])

II. Passive Personenkonkurrenz.

§ 17. 1. Rei promittendi.

Hier stehen in erster Reihe die Schuldverhältnisse aus Verträgen.[4]) Sie sind durchweg auf Erfüllung oder Ersatz ge-

1) Keinesfalls dagegen spricht D. 9, 4, 5 pr. Satz 2; denn dort wird nicht das Verhältnis zwischen *dominus* und *servus*, sondern das Verhältnis mehrerer *domini scientes* zueinander besprochen, also kein Subordinations-, sondern ein Koordinationsverhältnis, das ganz anders zu beurteilen ist: s. dazu u. S. 493 ff.

2) Nach der in D. 9, 4, 2, 1 vertretenen Ansicht: hierzu unten S. 289 N. 6.

3) S. namentlich u. S. 294 f.

4) Sie werden als Typus für Nichtdeliktsklagen überhaupt verwandt.

richtet[1]) und tragen deshalb den einen zur Erreichung der *eadem res* erforderlichen Faktor, das identische Klagziel, von vornherein in sich, wenn entweder die Identität der zur Erfüllung vorzunehmenden *praestatio* feststeht oder die *obligatio* auf Schadensersatz gerichtet ist.[2]) Nur falls Erfüllung verlangt wird, ist daher die Identität der einzelnen *praestatio* zu erörtern. Im übrigen ist hier die Frage nach der *eadem res* ausschließlich aus der *causa* heraus zu beantworten.[3]) Dafür eröffnet die Erforschung der letzteren eine neue Perspektive. Während bei Konkurrenz ungleichartiger Aktionen der Klaggrund allgemein und abstrakt nach dem Typ der einzelnen *actio* zu beurteilen und eine Identität der Klaggründe immer schon dann gegeben ist, wenn mehrere Aktionen grundsätzlich gleichermaßen aus demselben Kontrakt, demselben Delikt usw. stammen[4]), ist diese Methode für gleichartige Aktionenkonkurrenz[5]), bei der ja überhaupt nur ein Klagtypus in Frage steht, nicht verwendbar. *Eadem causa* in jener Bedeutung liegt hier immer vor. Gerade deshalb aber wird hier für die Frage Raum, ob jede der Aktionen demselben konkreten Kontrakt, Delikt usw. entspringt. Insbesondere bei Mehrheit der Personen muß der Klaggrund in dem Sinne ein einheitlicher sein, daß die konkurrierenden Personen den einen Kontrakt oder das eine Delikt im einzelnen Falle in einer Weise vollzogen haben, die den Tatbestand zu einem ihnen gemeinsamen macht. Liegt also bei der ungleichartigen Aktionenkonkurrenz der Vergleichspunkt in dem allgemeinen Wesen der konkurrierenden Aktionen, so bildet ihn bei der einfachen Personenkonkurrenz die besondere tatsächliche Gestaltung der Kausaltatbestände durch die konkurrierenden Personen.

Naturgemäß beginnt die Erörterung mit der Betrachtung der *rei promittendi* im präzisen Sinne, der Stipulationsschuldner. Nicht

1) Levy, Privatstr. 11, 14. 2) S. ob. S. 116 ff.

3) S. auch ob. S. 120.

4) Kommt man mit dieser Unterscheidung nicht aus und muß man im konkreten Falle weiter auseinanderhalten, daß die *causa* zwar nicht in abstracto, aber in concreto verschieden sei (etwa *actio redhibitoria* aus dem einen Kauf ∽ *actio quanti minoris* aus dem anderen Kauf), so ist das Konkurrenzgebiet überschritten, weil hier ein Zweifel an Kumulation nicht bestehen kann. Deshalb darf man, davon absehend, allgemein sagen: *actio redhibitoria* und *actio quanti minoris* stehen im Konsumptionsverhältnis. Anders bei der einfachen Personenkonkurrenz. 5) Vgl. ob. S. 28 N. 3.

nur weil sie das Urbild[1]) und ständige Paradigma für *duo rei* aller Art sind, sondern namentlich weil der abstrakte Charakter die Stipulation zu den mannigfachsten Zwecken z. B. allgemein zur Novation geeignet macht und darum, soll sie einem speziellen Geschäft dienstbar werden, einen knappen Ausdruck für das fordert, was bei anderen Geschäften aus ihrem Typus, aus dem Zusammenhang oder sonstigen Umständen gefolgert werden kann. Wo der Parteiwille in jedem einzelnen Falle die ihm vom Rechte dargebotene Form mit selbständigem Inhalt erfüllen muß, ist der Einblick in die Werkstatt der den Parteien zur Hand gehenden Juristen offensichtlich am wenigsten getrübt.

Im Rahmen unserer Aufgabe ist es erforderlich, aber auch genügend, zunächst die Formen zu betrachten, in denen die Faktoren der *eadem res* zu einem unzweifelhaften Ausdruck gelangt sind, alsdann die Voraussetzung zu bestimmen, unter der zwei über *eadem res* promittierende Schuldner konkurrieren, und endlich für die Personenkonkurrenz im besonderen[2]) festzustellen, auf welche Wurzel sich die Wirkungen der sog. Korrealität zurückführen lassen.

a) Die *de eadem re* konkurrierenden Stipulationsschuldner werden in den klassischen Quellen *rei promittendi* genannt. Von ihnen berichten die aus klassischem Material schöpfenden Institutionen (Inst. 3, 16 pr. i. f.):

duo pluresve rei promittendi ita fiunt: „Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?" respondeant singuli separatim „spondeo".

Es wäre gewiß oberflächlich, wollte man sich zur Begründung der *eadem res* in diesem Beispiel mit der Folgerung begnügen: „Da die *causa* einer Vertragsobligation oder -klage in dem Vertrage zu suchen ist[3]), so haben die *obligationes* des Maevius und des Seius dieselbe *causa*; da ferner die Zahlung der V HS die Erfüllung sowohl der Verpflichtung des Maevius wie der Verpflichtung des Seius darstellt, so ist auch das Ziel dasselbe." Mit einer solchen Feststellung wäre bei weitem nicht erschöpft, was die Römer mit gutem

1) Vgl. z. B. Mitteis, Individ. d. Obl. 59 f., Eisele 77, 410, Girard 741, Levy, Sponsio 126 (mit weiterer Lit.), Redenti, Arch. giur. 79, 56 N. 1; s. aber auch u. S. 206 N. 4.

2) Allgemeine Bemerkungen s. ob. S. 9 ff., 40 f.

3) S. ob. S. 84, 100.

Grunde als notwendig erachteten, um die Identität von *causa* und Ziel gegen die Gefahren sicherzustellen, die die Stipulation wegen ihrer Abstraktheit und Kürze in sich barg. Zur Klarlegung der Identität des Gegenstandes genügte dessen bloße Beschreibung selbst dann nicht, wenn — wie etwa bei einem nur einmal vorhandenen *Stichus servus* — eine Verwechselung kaum zu befürchten gewesen wäre. Der Stipulant mußte vielmehr die beiden Obligationen selbst in Beziehung zueinander bringen und ihre Identifizierung ausdrücklich verlautbaren[1]), sei es daß er an beide Passivbeteiligte gemeinsam eine einzige Frage richtete[2]), sei es daß er bei der Bezeichnung des Gegenstandes in der zweiten Frage in irgendeiner Form — am kürzesten mittels *idem* oder *id*[3]) — auf die erste Frage zurückverwies. Ähnlich sinnfällig mußte angesichts der Farblosigkeit der Stipulation die Gemeinsamkeit der Verpflichtung (die *eadem causa*) zur Geltung kommen. Würde sich nach beendigter Promission des Maevius nunmehr Seius in gleicher Weise verpflichten, so lägen zwei gesonderte Stipulationen vor, und es wäre, falls die Identität des Objekts außer Zweifel stände, nur das fraglich, ob S infolge Novation an die Stelle von M[4]) oder zwar neben M, aber kumulierend[5]) getreten wäre.[6]) Das für die Einheit der *causa* erforderliche nach außen

1) Eisele 77, 411, Binder 19, H. Krüger, ZSSt. 22, 216.

2) Z. B. *centum dari spondetis?* (vgl. D. 45, 2, 4 init.)

3) Zu *id* vgl. Levy, Sponsio 19 ff., bes. 20 N. 4.

4) So wenn die zweite Frage auf den Gegenstand der ersten Bezug nahm: Binder 19, Levy 32—37. Ein wenig anders wegen D. 46, 1, 43 H. Krüger a. a. O. 216; zu dieser Stelle s. aber Levy 160 ff.

5) So wenn die zweite Frage keine Bezugnahme enthielt oder dem Eintritt der Novation etwa durch *praeter Maevium spondeo* oder *ego quoque spondeo* entgegengewirkt war. Unzutreffend die andersartige Unterscheidung Perozzis II 100.

6) Nichtigkeit der zweiten *obligatio* kam bei Personenmehrheit nicht in Frage; anders Eisele 77, 424 (auch 462), der D. 45, 2, 12 pr. hier wie ZSSt. 13, 149 mißversteht (richtig insoweit [aber ohne Beachtung der Interpolation] Binder 8; vgl. namentlich auch Riccobono, ZSSt. 35, 253), und (für den Fall der Personenmehrheit auf der Aktivseite) Perozzi II 99 f. — Bei Personenidentität erhellt die Nichtigkeit einer *aliquid novi* nicht aufweisenden zweiten Verpflichtung zwar nicht aus D. 45, 1, 18, das einen engeren Sinn hat (Pernice, ZSSt. 13, 263 N. 1, Lenel, Pomp. Nr. 566, Debray, Nouv. rev. hist. 34, 558 N. a; abweichend noch Levy, Sponsio 37 N. 5 mit den dort Zit.), wohl aber aus D. 45, 1, 25 und D. 46, 2, 28 (dazu u. § 105); vgl. auch D. 45,

wahrnehmbare Anzeichen fand man begreiflicherweise in der formalisierten *unitas actus*.[1]) Daß sie erforderlich war, ist heute wohl allgemeine Meinung[2]); weniger präzisiert ist, worin sie besteht. Darüber belehren uns die dem obigen Institutionenzitat unmittelbar voraufgehenden, ohne Bedenken auch für die passive Konkurrenz zu verwertenden Worte:

Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat „spondeo". ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat „utrique vestrum dare spondeo": nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse.

Sie ergeben mit aller Deutlichkeit als das Wesen der *unitas actus*, daß der eine Stipulationsakt nicht abgeschlossen sein darf, ehe der andere begonnen hat. Dagegen ist es gleichgültig, ob für beide Obligationen der Stipulationsakt zu gleicher Zeit begonnen hat[3]) bzw. beendet worden ist[4]), ob also ein durchweg gemeinschaftlicher Akt vorliegt.[5]) — Im übrigen gelten für die Kontinuität des

---

1, 58; 46, 2, 9, 2 und mittelbar D. 19, 1, 10 (u. S. 458 N. 3). Die gegenteiligen Andeutungen Rabels, RPR. 487 N. 1 haben mich nicht überzeugen können.

1) Vgl. Eisele 77, 423: die *unitas actus* „bringt die Einheit der *causa* auch äußerlich zur Erscheinung". Dagegen verlautet in den Quellen nichts davon, daß die Römer sich von dem Gesichtspunkt hätten leiten lassen, ob der *reus promittendi* ohne sein Zutun oder Beisein in seiner Haftung erleichtert werden konnte, wie das Binder 6 f. erwägt.

2) Vgl. Binder 6 N. 12, Levy 35 N. 2; s. auch Levy 111, 128, 155, 212.

3) Ob also *spondes* oder *spondetis* gefragt wird: D. 45, 2, 4.

4) Ob also *spondeo* oder *spondemus* geantwortet wird: D. 45, 2, 4; eod. 3 pr.: *parvi refert, simul spondeant an separatim promittant* (zu der Stelle sonst: Levy 33 N. 6, auch Perozzi II 105 N. 3). Auch *spondemus* ist also möglich; ebenso Binder 21, Ferrini, Pand. 555 N. 2; anders H. Krüger, ZSSt. 22, 216, GrünhutsZ. 37, 328.

5) Gerade das Beispiel in Inst. 3, 16 pr. i. f. zeigt einen Fall, in dem weder Anfang noch Ende der Stipulation zusammenfällt, also z. B.: Frage an M + Frage an S + Antwort des M + Antwort des S = *eadem causa* (*eadem res*). — Dagegen: Frage an M + Antwort des M + Frage an S. + Antwort des S = *alia causa* (*alia res*). Die Zeitdauer des Ganzen kann in beiden Fällen die gleiche gewesen sein.

Aktes natürlich diejenigen Erfordernisse[1]), die das Zustandekommen einer einfachen Stipulation bedingen.[2])

b) War alledem Rechnung getragen, so lag *eadem res* vor. Es war also ein Konsumptionsverhältnis gegeben, sofern überhaupt eine Konkurrenz stattfand. Diese Einschränkung, die bei der Aktionenkonkurrenz im engeren Sinne unnötig ist, weil *eadem res* zwischen verschiedenen Aktionen nur im Falle ihrer Konkurrenz denkbar ist, ist hier zu machen, wenn man die Erscheinung der Anteilshaftung von der der Ganzhaftung abgrenzen will. Die Möglichkeit der Ratenhaftung, die naturgemäß nur da auftaucht, wo Obligationen oder Aktionen gleicher Art gegen die mehreren Schuldner gehen, wird im Gebiet der einfachen Personenkonkurrenz (auch gegenüber Stipulationen mehrerer Personen) von den römischen Juristen vielfach besprochen. Was ergibt sich daraus für unser Thema? Wo die Frage erörtert wird[3]), ob die mehreren *in solidum* oder nach Anteilen haften, da liegt schon in dieser Fragestellung ein wichtiges Indiz dafür, daß zwischen den mehreren Obligationen *eadem res* angenommen worden ist; läßt sich doch eine radikalere Konsequenz der Identität zweier Obligationen überhaupt nicht denken, als wenn der Gläubiger seine Forderung schlechthin teilt und sich damit zufrieden gibt oder geben muß, daß die Summen, die an sich jeder der mehreren Schuldner schulden könnte, nur zusammen auf den Betrag der ihm zustehenden Forderung sich ergänzen.[4]) Auf der anderen Seite bedeutet die Ratenhaftung die Verneinung von Kon-

1) Welche? Darüber jetzt Riccobono, ZSSt. 35, 252 ff. — Meine Auslegung von Jul. D. 45, 2, 6, 3 (Sponsio 89 f.) ist danach ein wenig zu modifizieren; vgl. auch Perozzi II 101 N. 2, 105 N. 3.

2) So sehr gut abgestuft Proc.-Venul. D. 45, 2, 12 pr.: *non esse duos reos ac ne obligatum quidem intellegi eum, qui* ...; dazu ob. S. 176 N. 6.

3) Es muß eine wirkliche Erörterung vorliegen. Die bloße Feststellung eines *in solidum teneri* genügt natürlich nicht: vgl. ob. S. 46 N. 9.

4) Dieser Gesichtspunkt bringt zwischen Raten- und Solidarhaftung eine Verwandtschaft hervor, die allein es erklärt, daß bisweilen geradezu der Wille des Schuldners entscheidet, ob die eine oder die andere Haftungsart eingreifen soll: so steht es in der Macht des Fidejussors, von dem *beneficium divisionis* Gebrauch zu machen: vgl. Levy, Sponsio 171 f. — Auch daß die *lex Furia* nur auf *sponsiones Italicae*, das *benef. divis.* nur auf zahlungsfähige Fidejussoren anwendbar ist (vgl. Levy 63 N. 6, 137), beweist, wie Momente, die das Wesen des ganzen Verhältnisses gar nicht berühren, hier den Ausschlag geben können.

kurrenz und Konsumptionsverhältnis, insofern sie die einzelnen Obligationen derartig trennt und selbständig macht, daß sie zueinander nicht anders stehen, als würde *alia res* und demzufolge Kumulation eintreten[1]). Aber die Unabhängigkeit der Forderungen begreift sich nicht wie diese Kumulation aus Konkurrenzgrundsätzen, sondern im Gegenteil aus deren Unanwendbarkeit. Und so ist denn die Frage, wann (ziviles) Konsumptionsverhältnis und wann Kumulation eintritt, ganz andersartig als die, wann Raten- und wann Solidarhaftung gegeben ist. Erstere ist, wie wir gesehen haben, prinzipiell gleichbedeutend mit der Frage nach *eadem* oder *alia res* und steht deshalb im Mittelpunkt unserer Betrachtung; letztere dagegen betrifft überhaupt nicht das Wie, sondern das Ob der Konkurrenz und scheidet deshalb aus unserer Darstellung aus.[2]) Dem entspricht es auch, daß wir für die Beantwortung der letzteren Frage irgendwelche Anhaltspunkte aus der Konkurrenzlehre nicht gewinnen. Hier sind vielmehr die verschiedenartigsten Prinzipien maßgebend gewesen, die nicht leicht auf eine Formel zu bringen sein dürften, aber hier immer bloß andeutungsweise bei Gelegenheit der Vorfrage gestreift werden können, ob denn die Quellen überhaupt einen Konkurrenzfall bieten.

Vorweg soll nur bemerkt werden, daß ein Grundsatz der Ratenhaftung mehrerer Vertragsschuldner im klassischen Rechte nicht zu beobachten ist.[3]) Man könnte eher umgekehrt geradezu von allgemeiner Solidarhaftung nach Art unseres heutigen Rechtes sprechen. Von den Stipulationsschuldnern aber läßt sich in dieser Beziehung Allgemeines so wenig sagen wie vorhin bei der Frage nach *eadem res*. Von Rechts wegen möglich ist ihre Haftung *in solidum*, möglich ihre Teilhaftung: was in concreto eintrat, hing von dem korrekt

---

1) Die Beweiskraft, die von der Diskussion über die Alternative: „Ganz- oder Anteilshaftung?" ausgeht, ergänzt sich also mit dem Indiz, das aus *eligere* (s. ob. S. 44) oder den Verbindungen *aut—aut, vel—vel* (s. ob. S. 48) zu entnehmen ist. Während aus jener *eadem res*, aber nicht Konkurrenz und deshalb auch nicht (zivile) Konsumption abzuleiten ist, weisen letztere Indizien auf Konkurrenz und eine irgendwie eintretende Konsumption, aber wieder nicht auf *eadem res* hin. Alle diese Auslegungshilfen sind also nur partiell brauchbar. 2) S. ob. S. 17 f., bes. 21.

3) Anders die herrschende Meinung, z. B. Windscheid - Kipp II § 292, Ascoli 23, Girard 738 f.

erklärten Willen der Parteien, also von der Fassung der Stipulationsformel ab. Es trifft mithin nicht zu, wenn die herrschende Meinung, der noch neuerdings Mitteis[1]) Ausdruck verliehen hat, behauptet, daß Teilhaftung und Teilberechtigung „bei Stipulationen festes Recht war; es ist uns keine Spur des Zweifels überliefert". Wäre dem so, dann hätten die spätesten Klassiker nicht noch über die Haftung aus gemeinsamer Stipulation zu respondieren nötig gehabt; dann hätte Papinian in D. 45, 2, 11, §§ 1 und 2 nicht mit *videbantur*, also einem Worte operiert, das eine in der Vergangenheit liegende Ansicht heranzieht und zugleich eine gewisse Unsicherheit deutlich verrät; dann hätte Ulpian in D. eod. 8 nicht die Worte *eaque praestari stipulanti tibi spopondimus* überhaupt für ungeeignet erklärt, über die Art der Haftung eine Auskunft zu geben, und sie selbst erst aus dem übrigen Inhalt der Urkunde (d. h. wohl das *quid* [*inter contrahentes*][2]) *actum sit*) auslegen wollen; dann hätte endlich die Schule des Sabinus nicht lehren können, daß die Stipulation, in der *quis sibi et ei, cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, . . . in universum valere*, statt mit den Prokulianern die Wirksamkeit auf die Hälfte zu beschränken.[3]) — Nur wenn man die jeweiligen Stipulationsworte für entscheidend erklärt, läßt es sich verstehen, wie man gegenüber der *cautio quod aedium loci operisve vitio damnum factum erit*, wie sie von Lenel[4]) im wesentlichen gewiß richtig rekonstruiert ist, zu verschiedenem Ergebnis gelangen konnte, je nachdem auf der Gläubiger- oder auf der Schuldnerseite mehrere beteiligt waren.[5]) Gehörte das gefährdete Haus mehreren und stipulierten diese dem Formular gemäß ohne jeden Zusatz[6]), so entstand nach allgemeinen Grundsätzen[7]) von selbst Ratenberech-

---

1) ZSSt. 32, 21; vgl. auch Perozzi II 100 N. 2.

2) Hierzu Beseler II 71.

3) Hierzu vgl. Gai. III 103 und z. B. den Sabinianer Javolenus in D. 18, 1, 64, ferner Inst. 3, 19, 4 (*dubitatum est*) sowie weitere Belege bei Seckel-Kübler zu der Gaius-Stelle. Wenn also auch im justinianischen Recht die Ansicht des Proculus durchgedrungen ist, so ist sie für die Klassiker doch keineswegs selbstverständlich gewesen, wie das Mitteis, ZSSt. 32, 22 annimmt. 4) 527. 5) Paul. D. 39, 2, 27.

6) Nur sprachen sie natürlich statt *in aedibus meis* vielmehr *in aedibus nostris*.

7) Auf diese ist hier nicht einzugehen: vgl. u. S. 378 und etwa u. S. 240 N. 2, 3, 4, S. 399 ff.

tigung nach dem Anteile, den ein jeder an dem Hause hatte, und eine *adiectio partis*[1]) hätte nur zum *partis partem facere* geführt. Stand dagegen das drohende Grundstück im Eigentum mehrerer, *so pro sua quisque parte promittere debet, ne singuli in solidum*[2]) *obligentur*; denn da das Formular irgendeinen Teilungsmodus nicht verriet und jeder *quod . . . damnum factum erit, q. e. a. r., tantam pecuniam dari* . . ., also den vollen Schadensersatz spondierte, so mußte, falls die Sponsoren nur zu ihren Grundstücksanteilen haften wollten, *ad eam partem stipulatio* „akkommodiert" werden.[3])

Zu einer Entscheidung der Rechtsfrage ist man nach alledem nicht gelangt und konnte man, wenn man die Stipulation richtig als eine bloße Rechtsform, als ein inhaltloses Schema betrachtete, auch gar nicht gelangen. Die Lösung mußte hier in Zweifelsfällen das Kausalverhältnis (was *actum sit*) bringen. Solche Fälle wird man aber als Ausnahmen werten dürfen, wenn man überlegt, wie sehr auf diesem Gebiete die Kautelarjurisprudenz mittätig wurde oder doch überall vorgearbeitet hatte. Man ließ es eben nach Möglichkeit nicht erst zu einer Rechtsfrage kommen. Wie der Schuldner, der seiner Ratenhaftung sicher sein wollte, so mußte der Solidarhaftung wünschende vorsichtige Gläubiger für die Aufnahme einer entsprechenden ausdrücklichen Klausel Sorge tragen. Das einzige Erfordernis dieser Klausel war Deutlichkeit; im übrigen stand ihr Inhalt frei.

Solidarhaftung wurde z. B. erreicht, wenn die Urkunde ein *ita ut duo rei promittendi essent*[4]) enthielt oder wenn die Sponsoren erklärten: *uterque nostrum tibi dari spondet*[5]) oder endlich wenn der zweite Sponsor dem Gläubiger *idem* zu zahlen versprach. So wenig wie zwecks Vermeidung der Kumulation[6]) war also das *idem* das einzige Mittel, die Teilhaftung auszuschließen, und wenn es sich auch in den Fällen getrennter Frage oder Antwort durch seine Kürze vor allen anderen Ausdrücken empfehlen mochte, so erhielt

---

1) Etwa *tantae pecuniae tertiam partem*.

2) Von der Konkurrenz im Falle der Solidarhaftung spricht die Stelle nicht; doch kann nach dem (ob. S. 178f.) Gesagten an *eadem res* kein Zweifel sein.

3) Paul. D. 11, 1, 20, 2; dazu stimmt die *interrogatio in iure*: *quota ex parte eius sit praedium* (s. auch D. eod. 10). Näheres bei Demelius, Confessio 321. 4) Gebildet nach D. 45, 2, 11, 1.

5) Gebildet nach Inst. 3, 16 pr. 6) S. 176.

es, wenn der Stipulant seine Frage an die Sponsoren gemeinsam richtete, ein Seitenstück in dem *aut—aut*, das wohl in klassischer Zeit gleichfalls die solidarische Haftung in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise kennzeichnete. Das ist schon innerlich wahrscheinlich, wenn man bedenkt, daß jeder Konkurrenz, wie sie durch ein Solidarverhältnis geschaffen wird, eine sie auflösende Wahlbefugnis entspricht[1]) und diese wieder durch *aut—aut* zum deutlichen Ausdruck kommt.[2]) Es wird außerdem nahegelegt durch die Erscheinung, daß das Institut des *solutionis causa adiectus*, das von einer Teilung der Forderung nichts weiß, in der Formel *mihi aut Seio dari spondes?*[3]) seinen Niederschlag fand. Endlich ergibt es sich aus mehreren Fragmenten, die zwar unmittelbar vom alternativen Damnationslegat sprechen, aber bald das Verhältnis der Legatare zueinander auf das der *rei stipulandi*, bald das Verhältnis der Erben auf das der *rei promittendi* ausdrücklich zurückführen. So im ersteren Sinne Celsus D. 31, 16[4]), im letzteren Pomponius D. 30, 8, 1.[5]) Der Streit zwischen den Klassikern, über den Justinian in C. 6, 38, 4 pr. berichtet[6]), wird sich hierauf schwerlich erstreckt haben.[7])

c) Binder[8]) macht für den über den größten Teil des 19. Jahrhunderts sich erstreckenden Kampf um die Korrealobligationen die Gelehrten verantwortlich, die als „Ausgangspunkt für die Betrachtung und Konstruktion der Korrealobligationen die befreiende Wirkung der *litis contestatio*" gewählt haben. „Darin erblicken die Römer nur eine Folge der Korrealität, nicht das Wesen derselben; dieses sehen sie vielmehr in der Wirkung der Erfüllung."[9]) Schon eine

1) Vgl. ob. S. 29, 48. 2) S. auch Binder 39 f.

3) Inst. 3, 19, 4; vgl. auch Dernburg, Pand. II § 55 N. 18; vgl. ferner D. 45, 1, 131, 1, eine Stelle, die von der herrschenden Meinung (z. B. Girard 449 N. 3) wohl mit Recht hierher gezogen wird (anders [zweifelnd] Pernice, Labeo II 1, 296 N. 1). 4) ZdSt. u. S. 381.

5) Näheres zdSt. u. S. 194. — Vgl. ferner Paul. D. 32, 25 pr. — D. 45, 2, 9 pr. i. f. ist unecht: s. u. S. 204 N. 3, 4.

6) Mit Rücksicht auf diesen Bericht verhält sich Eisele 77, 418 dem *aut—aut* gegenüber skeptisch.

7) Es geht nicht an, mit Bernstein, ZSSt. 4, 185 ff. die Fragmente hierher zu ziehen, die von dem Legat handeln, das einer einem bestimmten Kreise angehörigen Person hinterlassen ist. 8) 72 f.

9) Binder 73; vgl. ferner Binder 28 f., 31, 166 und sonst.

dogmatische Betrachtung des klassischen Rechtes bestätigt diesen Satz nicht. Hätten wir in den Quellen keinerlei Anhalt, so würde man geneigt sein, zwischen beiden Wirkungen ein Koordinationsverhältnis anzunehmen, da innerlich nichts dafür spricht, daß der einen Wirkung ein prius zukam. Für eine solche Betrachtung würde man sich vielleicht auf die Art, wie *litis contestatio* und *solutio* auf eine einzige Obligation wirken, berufen können: wie diese nach Gai. III 168 ff. *tollitur solutione, per acceptilationem, (per aes et libram), novatione, litis contestatione*, so — könnte man sagen — wirke im Konkurrenzverhältnis (nach Venul. D. 46, 2, 31, 1) Zahlung, *litis contestatio, acceptilatio* und *novatio* der einen *obligatio* auf die andere.

Aber auch wenn die Frage korrekter dahin gestellt wird, ob historisch die eine Wirkung die ursprünglichere ist als die andere, kann man keinesfalls der *solutio* den Vorzug zuerkennen. Die von Binder[1]) angeführten Quellenstellen würden, wenn man sie als stichhaltig erachten könnte, nur die unbestreitbare befreiende Wirkung der Zahlung beweisen und nichts mehr als das. Aber es ist gegenüber diesen Belegen auch noch manches andere zu erinnern. Daß die Institutionen (3, 16, 1) von der Zahlung und nicht von der *litis contestatio* reden, wird niemand als einen Beweis ansprechen wollen. D. 9, 4, 19 pr. enthält ein Konsumptionsverhältnis überhaupt nicht[2]), und D. 2, 10, 1, 4 ist, was Binder selbst nicht ganz von der Hand weist[3]), in dem entscheidenden Teile interpoliert.[4])

Ulp. D. 45, 2, 3, 1 endlich ist am Schluß gleichfalls höchst bedenklich. Die letzten 6 Worte, die plötzlich die aktive Personenkonkurrenz in die Erörterung hineinziehen, sind schon von Bilderdyk für interpoliert erklärt worden.[5]) Deren Streichung berührt die 6 vorangehenden Worte schon um des *sive* willen. Aber auch aus anderen Gründen sind diese kaum klassisch[6]): nicht weniger als viermal hebt die Stelle das *petere* hervor, keinmal das *solvere*; zweimal bemerkt sie, daß nicht eine unbestimmte Zahl, sondern *duo rei* in Frage stehen: und dazu sollte der Schluß *ut sive unus solvat, omnes liberentur* passen? Daß, wenn hier von der Wirkung der *litis contestatio* gehandelt worden wäre, der allgemeine Charakter

1) 28 f. 2) S. u. § 173. 3) 394 N. 1. 4) U. S. 498 ff.
5) Bei P. Krüger zdSt.; Binder 408 nimmt dagegen keinen Anstoß.
6) In Sponsio 184 N. 2 noch nicht beanstandet.

der Ausführung die Kompilatoren stärker als anderswo genötigt hätte, an ihre Stelle die Wirkung der *solutio* zu setzen, bedarf keiner näheren Erläuterung.[1]) Aber man wird weiter gehen und sagen können, daß Tribonian nicht bloß als Interpolator, sondern als Autor wie der letzten so auch der vorletzten 6 Worte anzusehen ist und Ulpian somit bei den Worten *summa est* endet. Denn zu einer Erörterung oder Heranziehung der Hauptwirkungen des Konsumptionsverhältnisses hatte er hier so wenig Veranlassung wie Javolen in dem vorangehenden fr. 2.[2]) Die erste Hälfte des Fragments beschäftigt sich ausschließlich mit der Tatsache, daß *duo rei* (*promittendi*) *in solidum* d. h. auf das Ganze[3]) haften. Das legte die Frage nahe, ob der Gläubiger genötigt sei, von der Ganzhaftung Gebrauch zu machen, oder ob er die Forderung auf die beiden Schuldner zu verteilen das Recht habe. Ulpian bezeichnet das letztere als keineswegs zweifelhaft[4]) und begründet (*enim*) es, indem er auf den allgemeinen (*utique*) Satz zurückgeht, daß, da die beiden Obligationen (*eadem res* = *eadem obligatio* =)[5]) *una obligatio* bilden, auch die ihren Betrag bezeichnende Geldsumme notwendig (*eadem* =) *una*[6]) sei: ein Argument, dessen Bedeutung darin liegt, daß eine einheitliche Geldsumme teilbar ist und von da aus auf die Teilbarkeit der auf die Geldsumme gerichteten Obligation geschlossen werden kann. Die Hereinziehung des Begriffs *summa* mag dann vielleicht noch zu einer Bemerkung des Inhalts geführt haben, daß, wofern das Ziel der *obligatio* keine Geldsumme ist, die Teilbarkeit sich nicht von selbst verstehe.

Aber wie dem auch sei: dem auf die beanstandeten Worte immer und immer wieder gestützten Versuch, das Fragment von der befreienden Wirkung dieses oder jenes Aktes und also von dem

---

1) Vgl. ob. S. 162 ff. 2) S. dazu u. S. 379.

3) Ob. S. 46. 4) Vgl. u. S. 263 N. 1.

5) Würde einer dieser beiden Ausdrücke gebraucht sein, so wäre wahrscheinlich jenes Mißverständnis, das die Theorie von der Einheit der Obligation mit Mehrheit der subjektiven Beziehungen hervorgebracht hat (vgl. ob. S. 17 N. 2), niemals entstanden. Folgt man der m. E. natürlichen Ableitung von *una obligatio*, wie sie im Text versucht ist, so wird man Ulpian nicht einmal der Unkorrektheit zeihen können: *unus* ist in der Bedeutung „ein und derselbe" mit und ohne *et idem* im Lateinischen durchaus gebräuchlich: s. Georges und andere allgemeine Wörterbücher h. v. Wie überall ist der konkrete Sinn aus dem Zusammenhang zu erkennen; vgl. ob. S. 109 N. 5.

6) Vgl. auch u. S. 189 N. 1, 380 N. 7, 382.

Wesen des Konsumptionsverhältnisses zu verstehen, setzt es in seinem echten Teile einen unüberwindlichen Widerstand entgegen. Der klare, das Vorangehende deutlich gliedernde Gegensatz *solidum peti* und *partes peti*, der auch die mit unserem Fragment zusammenhängenden Erörterungen des Ulpian im 47. Buch ad Sabinum sichtlich beherrscht[1]), wird bei jenen Versuchen derart verwischt, daß der Teil *partes peti* nur noch als ein Fremdkörper erscheint.[2]) Vor allem aber spotten die viel gequälten Worte *cum una sit obligatio, una et summa est* jedes Beginnens, in ihnen eine für die „Korrealität" maßgebende Grundlehre zu entdecken. Auch die neueste Auslegung Binders[3]): „Da die Obligation mit Rücksicht auf ihren Zweck eine Einheit ist, hat sie auch nur einen Gegenstand" macht hier keine Ausnahme, insofern die wesentlichsten Teile dieser Erklärung erst in die Stelle hineingelesen sind: von der Rücksicht auf den Zweck der Obligation ist mit keinem Worte die Rede, und wenn ein Klassiker abstrakt von dem „Gegenstand" der Obligation sprechen wollte, dann sagte er *res*, in besonderem Zusammenhang wohl auch *corpus*, aber ganz gewiß nicht *summa*, welcher Begriff auf eine Genusschuld hinweist und deshalb für die Bezeichnung der Identität der denkbar ungeeignetste Ausdruck ist. Inhaltlich trifft die Deutung Binders aber der gegen viele andere Lösungen von Eisele mit Recht erhobene Vorwurf, daß „das Verhältnis von Grund und Folge auf den Kopf gestellt"[4]) ist. Man könnte wohl von der *una summa* auf die *una obligatio*, von der Einheit des Zieles auf die der *obligatio*, also auf *eadem res* schließen; aber wie soll es erklärt werden, daß Ulpian, um das Wesen der „Korrealität" zu entwickeln, von der (zu beweisenden) *eadem res* auf die (unstreitige) Identität des Zieles geschlossen hätte? — Eisele beschreitet deshalb einen anderen Weg, indem er *obligatio* nicht als das Schuld-

1) Lenel, Pal. Ulp. Nr. 2946 umfaßt außerdem D. 12, 6, 25 (dazu auch F. Schulz, Sabinusfragmente 89) und D. 46, 3, 24. Daß dort vom *solvere* die Rede ist, gibt kein Indiz für die Echtheit unseres Schlußsatzes; es versteht sich dort daraus, daß die Rückforderung von zuviel Gezahltem und die Verteilung der Zahlung auf mehrere Forderungen Gegenstand der Darstellung ist.

2) Es ist bezeichnend, daß der Satz *et partes . . . possumus* nach Binder 37 „in jedem Falle als Parenthese anzusehen ist" und von Beseler III 141 sogar für unecht erklärt wird. 3) 38. 4) 77, 420.

verhältnis, sondern als die „Obligierung“, den „Obligierungsakt versteht“ und also mit *causa obligationis* gleichsetzt. Das ist aber wieder nach anderer Richtung hin bedenklich. Mag immerhin *obligatio* in dem genannten Sinne vereinzelt vorkommen[1]; der technische Sinn ist es gewiß nicht, und also kann das Wort an einer Stelle, der die behauptete grundlegende Bedeutung zukommen soll, schwerlich dergestalt verwendet sein. Überdies fehlt es bei der Interpretation Eiseles ebenso wie bei den anderen Auslegungen an der Rücksichtnahme auf den Zusammenhang mit dem Voraufgegangenen, wo namentlich von der *causa* nichts verlautet. — Ist unsere Auslegung der fraglichen Worte richtig, so bildet sie im Verein mit den Bedenken, die gegen die von der Solution handelnden Sätze selbst vorgebracht sind, einen Beweis für die Unechtheit dieser Sätze.

Es läßt sich aber im strikten Gegensatz zu Binder positiv behaupten, daß die ursprünglichste Wirkung der Konkurrenz mehrerer *de eadem re* die prozessuale Konsumption gewesen ist und von hier die sog. Korrealität ihren Ausgang genommen hat.[2] Rein äußerlich schon muß es auffallen, daß der festgestellten[3], übrigens auch von Binder anerkannten Neigung der Kompilatoren zum Trotz eine große Anzahl von Quellenstellen[4], die die befreiende Wirkung der *litis contestatio* hervorheben, unversehrt geblieben, echte Fragmente dagegen, die die Wirkung der *solutio* betonen, nur in einer kleinen Minderzahl auf uns gekommen sind.[5] Und selbst diese wenigen Stellen nennen entweder die *solutio* nur neben der *litis contestatio*[6] oder, wenn allein, in einem Zusammenhang, der

1) Vgl. Seckel-Heumann *obligare* 2a; ob allerdings auch in D. 45, 2, 6, 3, wie Eisele meint, will uns keineswegs „unzweifelhaft“ scheinen. — Vgl. auch ob. S. 109.

2) Vgl. auch ob. S. 9, 40; s. auch Rabel, ZSSt. 32, 415. Hierüber sagt Eisele m. W. ausdrücklich nichts. Daß er „die befreiende Wirkung der *l. c.* auf die Zahlung zurückführt“ (so Binder 53), habe ich nicht ermitteln können. 3) S. ob. S. 162 ff.

4) Belege bei Ascoli 8, woher sie anscheinend Binder 313 N. 1 übernommen hat; außerdem eine Reihe der in unserem Besonderen Teil behandelten Fragmente.

5) Die von Ascoli 8, wiederholend von Binder 313 N. 2 zit. Stellen sind größtenteils itp., wie im Laufe der Erörterung erhellen wird.

6) S. alsbald im Text.

speziell die Lehre der Erfüllung oder des Regresses betrifft und deshalb für die Erwähnung der Prozeßkonsumption keinen Raum bot.[1]) Das ist schwerlich damit abzutun, daß die Klassiker mit Vorliebe an den Prozeß zu denken pflegen. — Dazu kommt manches andere. In der die *rei stipulandi* betreffenden Äußerung[2]) D. 45, 2, 2 berührt Javolen die *litis contestatio* nicht allein, sondern neben ihr die rein materiellrechtliche *acceptilatio*, aber nicht die *solutio*. Ebenso beschließt Ulpian in D. 13, 6, 5, 15 eine lange den zwei Kommodataren gewidmete Betrachtung, in welcher von einem Prozeß nicht die Rede ist, mit den Worten: *quare duo quodammodo rei habebuntur et [si] alter conventus [praestiterit] liberabit alterum*; da die Nennung der Zahlung hier, wie heute nicht bestritten werden wird[3]), auf die Rechnung der Kompilatoren kommt, so sprach Ulpian ebenfalls nur von der Prozeßkonsumption. In der bekanntlich gleichfalls interpolierten[4]) D. 30, 8, 1 wird nach dem ursprünglichen Text zunächst nur über die Befreiung der Miterben durch *litis contestatio* geredet, und erst am Schluß wird sehr bezeichnend kurz angefügt: *idem erit et si alter partem s o l v i s s e t.* Noch auffälliger ist es, daß Julian in Ulp. D. 46, 1, 5 i. f. die Prozeßkonsumption in einem Verhältnis, das dem zwischen *duo rei stipulandi* bestehenden wesensgleich ist[5]), nicht anders zu rechtfertigen weiß als damit, daß die Natur solcher Obligationen eben eine derartige sei, daß Prozeßkonsumption stattfinde[6]): *quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur.* Entsprechend[7]) verneint Julian D. 44, 7, 18 in einer ähnlichen Rechtslage die Prozeßkonsumption mit der Begründung: *quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in iudicium deducta altera nihilo minus integra remaneret.* Vielleicht hängt damit auch

1) Vgl. z. B. D. 46, 1, 39 (dazu Levy, Sponsio 184 f.), D. 46, 3, 38, 2 (s. u. S. 370 ff.); wegen der Aktivkonkurrenz D. 46, 3, 34, 1 (s. u. S. 380 f.).

2) Vgl. dazu unten S. 379. 3) Näheres dazu u. S. 212 ff.

4) S. u. S. 194. 5) S. ob. S. 15.

6) Wenn Binder 320 meint, daß Ulpian hier nichts davon sage, daß die „Zerstörung der anderen Obligation auf der Prozeßkonsumption beruht", so ist die Gegenfrage erlaubt, worin nach dem Zusammenhang der Stelle sonst der Grund für das *consumere* liegen soll. Daß *agere* = *litem contestari* ist, kommt selten so klar wie hier zum Ausdruck; vgl. auch Wlassak, Litiskontestation 41; ZSSt. 33, 94.

7) Dazu u. S. 455 f.

zusammen, daß in Fragmenten, die die Wirkungen von *litis contestatio* und *solutio* nebeneinander behandeln, häufiger[1]) die Streitbefestigung zuerst besprochen wird: man denke etwa an D. 45, 1, 116 und (auf dem Gebiet der doppelten Konkurrenz) an D. 14, 1, 1, 24[2]) und D. 46, 3, 84.[3])

Allenthalben erscheint die Wirkung der *litis contestatio* als die primäre und überhaupt als der Kernpunkt des ganzen Verhältnisses.[4]) Man wende nicht ein, daß das natürliche Rechtsempfinden überall da, wo überhaupt eine hinreichende Verwandtschaft zwischen zwei Obligationen besteht, zunächst die Zahlung auf die nicht bezahlte Schuld hinüberwirken lassen müsse. Denn das setzt die Entwickelung des Verwandtschaftsbegriffes voraus, und gerade sie steht ja hier in Frage. Außerdem würde, so aufgefaßt, die durch die *solutio* verursachte Befreiung des zweiten Schuldners immer nur in der Weise zutage treten können[5]), daß dieser wegen mangelnden Interesses des (befriedigten) Gläubigers absolviert werden müßte. Also nicht ein Untergang der Obligation, ein *nec tenere intentionem*[6]) wäre die Folge der Zahlung des anderen Schuldners, sondern nur ein (wenn der Ausdruck gestattet ist) *nec tenere condemnationem*, das Fehlen eines Maßstabs für die Verurteilung mangels eines feststellbaren Interesses. Diese Wirkung der *solutio* innerhalb des Konsumptionsverhältnisses entspricht nun aber, wenn wir von einer interpolierten Stelle absehen[7]), ganz gewiß nicht dem Standpunkt der Überlieferung. Wo hier das Verschwinden des Gläubigerinteresses betont wird, handelt es sich, wie später zu zeigen[8]), samt und sonders nicht um zivile Konsumption[9]), und wo diese in Betracht kommt, ist die Denkform nicht der Interessemangel, sondern die *eadem res*. Als Beweis diene der einzige Beleg, der uns ex professo über die Gesamtschuld bei der Stipulation unterrichtet: Inst. 3, 16, 1:

1) Abweichend für die aktive Konkurrenz Venul. D. 46, 2, 31, 1 (s. u. S. 380), für die Aktionenkonkurrenz Pap. D. eod. 28 (s. u. § 105). — Cels. D. 31, 16 (s. u. S. 381) kann nicht herangezogen werden, da der erste Satz lediglich die Auslegung des Testaments enthält.

2) S. u. S. 331 ff. 3) Itp.: s. u. S. 374 f.

4) Vgl. auch H. Krüger, ZSSt. 22, 221, Levy, Sponsio 184; anders Rabel, RPR. 475 N. 4. 5) So auch ausdrücklich Binder 28 ff.

6) Zu dem Ausdruck Levy, Priv. 57 f.

7) D. 2, 10, 1, 4 (s. ob. S. 183 N. 4). 8) U. S. 499 ff.

9) Im Ergebnis ebenso Eisele 77, 458 f.

in utraque tamen obligatione u n a[1]) *r e s vertitur: et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium peremit obligationem et omnes liberat.*[2])

Ist aber in Konsumptionsverhältnissen die *eadem res* für die befreiende Wirkung selbst der *solutio* der ausschlaggebende Gesichtspunkt, so ist damit m. E. der quellenmäßige Beweis für die Priorität der Wirkung der *litis contestatio* erbracht. Ein *bis de eadem re ne sit solutio* ist uns für das klassische Recht in keiner Form bezeugt[3]). Der Begriff der *eadem res* kann auf dem Boden der Lehre von der Erfüllung nicht erwachsen sein.[4]) Erwachsen ist er — und darüber dürfte kein Zweifel bestehen — auf dem Gebiet der Prozeßkonsumption, wo wir ihn bereits in der Zeit der Legisaktionen als das Grundelement zweier Regeln antreffen.[5]) Diese Tatsachen zwingen dazu, die Wurzel der „Korrealität" in der an die *eadem res* geknüpften prozessualen Konsumption und nur in ihr zu erkennen. Das vorausgesetzt, ergibt sich für die Fortentwickelung der sog. Korrealitätslehre eine logisch geschlossene Kontinuität, die wir, wenn wir von der *solutio* ausgingen, missen müßten. Von der Befreiung des zweiten Schuldners infolge Interessemangels des Gläubigers würde zu der befreienden Wirkung der Litiskontestation keine Brücke führen[6]): vielmehr müßte das Argument aus dem fortdauernden Interesse des Gläubigers, das ja auch die Kompilatoren im wesentlichen geleitet hat, umgekehrt die fortdauernde Haftung des zweiten Schuldners

1) = *eadem*; s. ob. S. 184.

2) Vgl. ferner u. S. 335 f.

3) Die Formulierung *ne (pupillus) propter malitiae ignorantiam bis eandem pecuniam consequatur* (Ulp. D. 44, 4, 4, 26) würde nichts als eine Anspielung auf die Grundregel des Konsumptionsrechtes enthalten, wenn sie wirklich von Julian stammen sollte. Das aber ist außerordentlich unwahrscheinlich: s. Beseler I 68. — Noch sicherer ist die Interpolation des *nec bis eadem res praestari possit* in Afr. D. 30, 108, 4 (dazu Weiteres u. S. 454 N. 8): Pernice, Labeo II 1, 268 N. 3, vgl. auch u. §§ 152, 155 a. E., ferner P. Krüger zdSt., Perozzi II 340 N. 1; anders Binder 42 f, 71 N. 65. — Ulp. D. 30, 34, 3 hat damit nichts zu tun: s. u. § 166. — Über Gai. D. 50, 17, 57 (dazu ob. S. 49 N. 1) und andere das Vermächtnisrecht besprechende Stellen kann erst später gehandelt werden: u. § 108.

4) Über die Voraussetzungen der Gesamtwirkung der *solutio* außerhalb des Gebiets der Konsumptionsverhältnisse u. § 165; vgl. auch u. S. 372 f.

5) Gai. III 180, IV 108; s. dazu ob. S. 49 ff.

6) Vgl. etwa D. 13, 5, 18, 3.

begründen. Wurde dieser dagegen schon durch die *litis contestatio* befreit, so war die Befreiung durch *solutio* und damit das Eindringen des *eadem-res*-Gedankens in das materielle Recht eine schlechthin selbstverständliche Konsequenz, die dann im Laufe der Zeiten im Sinne eines Ausbaus des Konsumptionsverhältnisses weiter wirken mußte.[1])

§ 18. 2. Hauptschuldner und Bürge.

Bei dem jetzigen Stande der Forschung, für die das hiermit erörterte Konsumptionsverhältnis zwischen den *rei promittendi* mit Recht ein unantastbares Dogma ist, bedarf es einer Heranziehung besonderer Belege, die diese Tatsache bald offener, bald versteckter zeigen, nicht, zumal solche bei anderen Gelegenheiten noch begegnen werden.[2])

Aus dem gleichen Grunde erscheint ein Beweis des niemals angefochtenen Konsumptionsverhältnisses zwischen Hauptschuldner und Bürgen überflüssig.[3]) Nur zu der rechtlichen Begründung dieses Verhältnisses[4]) sind einige Worte erforderlich. — Aus der der *fideiussio* sicherlich von jeher eigentümlichen[5]) Erscheinung einer nachträglichen Verbürgung hat Binder den „Beweis" abgeleitet, „daß die Einheit der *causa* für die Gesamtkonsumption wenigstens keine unentbehrliche Voraussetzung", sondern „nur ein regelmäßiges Erfordernis der Identität bildet".[6]) Wenn nun auch mit diesen Sätzen, die gar nicht unterscheiden, wann die Regel und wann die Ausnahme einzutreten habe, wenig anzufangen ist[7]), so steht doch die Tatsache selbst außer Zweifel, daß *eadem causa* nur unter der doppelten Voraussetzung vorliegt, daß die Hauptschuld

1) Vgl. ob. S. 11. — Daß als die ursprünglichen Liberationsakte andere Tatbestände als *litis contestatio* oder *solutio* nicht in Frage kommen, steht fest. An welche der beiden Akte sich die weitere Entwickelung vorwiegend angeschlossen hat, ist von untergeordneter Bedeutung.

2) Vgl. ob. S. 186 N. 4.

3) Vgl. die von Geib, Bürgschaftsrecht 11 N. 2 und Binder 131 N. 4 angeführten Stellen; s. auch Erman, ZSSt. 19, 345 N. 5.

4) Daß es von dem Verhältnis mehrerer *rei promittendi* grundsätzlich zu sondern ist, darüber Geib, Bürgschaftsrecht 36 ff., Ferrini, Pand. 560, 561 N. 2, Levy, Sponsio 69 N. 2.

5) Levy a. a. O. 132 f.

6) 397. 7) Vgl. ob. S. 79.

verbis[1]) und *uno actu*[2]) mit der Fidejussionsschuld eingegangen ist. Da trotzdem zivile Konsumption eintritt, so habe ich früher[3]) die Erklärung Eiseles[4]) gebilligt, nach der hier „die *eadem causa* durch das Akzessionsverhältnis der beiden Obligationen ersetzt" wird.[5]) Sicher steckt hierin ein richtiger Kern.[6]) Das akzessorische Verhältnis — läßt sich sagen — stellt eine so innige Verbindung mit der Hauptschuld her, daß es an sich schon fähig ist, die Wirkung hervorzubringen, die zwischen selbständigen, auf gleiches Ziel gerichteten Schuldverhältnissen erst vermöge des Hinzutritts des gleichen Entstehungsgrundes statthaben kann. Während bei letzteren die für die *eadem res* erforderlichen Momente erst durch die konkrete Gestaltung geschaffen werden, also sozusagen von außen an die *obligatio* herantreten, liegt hier im Wesen der akzessorischen Verbindlichkeit abstrakt und ein für allemal ihre innere Verwandtschaft mit der prinzipalen Verpflichtung begründet, so daß neben ihr die durch *eadem causa* hervorgerufene (zufällige) Verwandtschaft überflüssig ist. Dieser Gedankengang ist jedoch, so schlüssig er klingt, für sich allein nicht imstande, das Ergebnis der *eadem res* zu tragen. Auf der einen Seite ist es eine Täuschung zu vermeinen, daß in Ansehung des Klagziels das Fidejussorenrecht keine Schwierigkeit mache, weil die Geschäftsformel *idem fide tua esse iubes?*[7]) die Identität sicherstelle; denn wenn *id quod volgo dictum est maleficiorum fideiussorem accipi non posse non sic intellegi debet, ut in poenam furti is, cui furtum factum est, fideiussorem accipere non possit*[8]), so wird man das Ziel der *actio furti* und das der Bürgenklage, an dem

1) Anderenfalls doppelte Konkurrenz (vgl. ob. S. 16) und *alia causa* wegen grundsätzlicher Verschiedenheit der Entstehungstatbestände.

2) Anderenfalls einfache passive Konkurrenz, aber *alia causa* wegen der besonderen Gestaltung des Einzelfalles (s. ob. S. 174). — *Uno actu* ist im Sinne von ob. S. 177 zu nehmen; anders Wenger, ZSSt. 28, 490, II. Krüger, GrünhutsZ. 37, 328. — Auf die Entwickelung nachträglicher Verbürgung ist hier nicht einzugehen.

3) Levy 110. 4) 77, 423. 431. 462.

5) Zustimmend Seckel, Festschr. f. Bekker S.-A. 26; vgl. auch Geib. Bürgschaftsrecht 13 f., dessen Formulierung („Fiktion der Personeneinheit") aber den Quellen fremd ist.

6) Das *idem*, mit dem der Fidejussor auf das Hauptgeschäft einseitig Bezug nimmt, konnte die *eadem causa* nicht ersetzen; vgl. Levy 213, 215

7) Gai. III 116. 8) Gai. D. 46, 1, 70, 5.

gewohnten Maßstab gemessen, doch nicht als gleich bezeichnen können. Auf der anderen Seite steht fest, daß zwischen der *actio tutelae* und der *actio ex stipulatu rem pup. salv. fore* das Akzessionsverhältnis, das infolge der Identität des Schuldners eher ein noch engeres ist als im Bürgschaftsrecht, *eadem res* zu begründen nicht vermocht hat.[1])

Beseitigt oder mindestens beschwichtigt werden diese Bedenken erst, wenn dem dogmatischen ein historischer Grund an die Seite tritt. Es ist schwerlich ein Zufall, daß der Unterordnung unter die allgemeine *eadem-res*-Regel gerade die Tatbestände Widerstand leisten, die dem alten Sponsorenrechte fremd waren und deshalb, weil sie sich Berücksichtigung erzwangen, sehr wahrscheinlich überhaupt der Anlaß für das Aufkommen der *fideiussio* gewesen sind.[2]) Wenn man deren Vorzug von vornherein gerade darin erkannte, daß sie *o m n i b u s obligationibus... adici potest*[3]), so bedeutete das, daß man über den damit unlöslich verknüpften Mangel der *eadem causa* bewußt hinwegsah. Das Postulat, die Verbürgung allen Vertragsobligationen zugänglich zu machen und trotzdem das bewährte Konsumptionsverhältnis zwischen Hauptschuldner und Bürgen aufrechtzuerhalten, ließ sich ohne diese Konnivenz überhaupt nicht erfüllen. Daß man lieber sie in Kauf nahm, ehe man auf ein den praktischen Bedürfnissen entsprechendes Bürgschaftsrecht verzichtete, wird niemanden unrömisch dünken. Stand die *eadem res* aber trotz ihrer Anomalie einmal fest, so trug man später schwerlich mehr Bedenken, sie auf die Konkurrenz mit den auch in ihrem Ziel wesensverschiedenen Strafklagen[4]) zu erstrecken. Aber bemerkenswert ist es doch, daß diese letztere Entwickelung erst verhältnismäßig spät vollzogen zu sein scheint[5]) und daß die die Absage an das *eadem-causa*-Erfordernis enthaltenden Sätze: *praeterea sciendum est fideiussorem adhiberi omni obligationi posse, sive re sive verbis ⟨sive litteris⟩*[6]) *sive consensu* und *adhiberi fideiussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest* noch von Ulpian[7]) dem Leser des Sabinus-

1) Ulp. D. 46, 2, 9 pr.; dazu u. §§ 104, 165.

2) Levy 125 ff. 3) Gai. III 119a.

4) Und ebenso auf die anderen Verbürgungsformen, seitdem bei ihnen das Erfordernis der *unitas actus* gleichfalls weggefallen war: Levy 88 ff., 128 f.

5) Levy 132 N. 3. 6) Vgl. Gai. III 119a.

7) D. 46, 1, 8, 1; eod. 6, 2; vgl. eod. 6 pr.; dazu Levy 133.

kommentars eingeschärft werden. — Hiernach wird man die Bedeutsamkeit des Akzessorietätsgedankens für unser Problem dahin zu präzisieren haben, daß er im Bürgenrecht, wo eine dira necessitas rief, die erwünschte dogmatische Brücke schuf, anderwärts aber nicht ausreichte, den Mangel der *eadem causa* oder gar der *eadem res* überhaupt zu heilen.[1])

§ 19. 3. Mehrere Bürgen.

Das Moment der Akzessorietät versagt im Verhältnis zwischen den mehreren Bürgen. Sind sie nicht gleichzeitig eingetreten, so mangelt es weiter an *eadem causa.* Diese Umstände bewirken denn auch, daß die Obligationen der einzelnen prinzipiell der gegenseitigen Einwirkung entraten, wie ich das anderwärts[2]) dargetan zu haben glaube. Wenn trotzdem *litis contestatio* und sonstige Tatsachen dieselben Wirkungen äußern, wie sie zwischen *rei promittendi* auftreten, so liegt der Grund dafür anderswo. Die *litis contestatio* mit dem Bürgen A konsumiert die *actio* gegen den Hauptschuldner, und deren Konsumption zieht aus dem gleichen Grunde wieder die Konsumption der *actio* gegen den Bürgen B nach sich.[3]) Eine weitere Erklärung ist nicht vorhanden, aber auch unnötig. Ebensowenig tun für das allgemein anerkannte Konsumptionsverhältnis besondere Belege not. Weiteres gehört nicht hierher.[4])

§ 20. 4. Actio ex testamento.

Werden mehrere Erben zugunsten derselben Person mit einem Damnationslegat belastet, so ist an der Identität der im Testament liegenden *causa* und an dem reipersekutorischen Klagziel nicht zu zweifeln. Ob zivile Konsumption Platz greift, beantwortet sich ähnlich wie bei den *rei promittendi*; nur kann die Auslegung freier schalten. Ist das Objekt bloß gleichartig, aber nicht dasselbe, wie z. B. dann, wenn erstens A und zweitens B zugunsten des C mit

1) Über das Recht des Bürgen, die Zession der *actio* gegen den Hauptschuldner zu verlangen, s. u. S. 237 N. 4.

2) Levy a. a. O. 111 ff., 155 ff., 215 f. — Ein neues starkes Argument für diese Aufstellungen liegt in der grundsätzlich verschiedenen Behandlung mehrerer Gewalthaber gegenüber der *a. de peculio,* je nachdem sie *socii* sind oder nicht; vgl. u. S. 241 ff.

3) Levy a. a. O. 110. 4) Zum Regreßrecht s. u. S. 237 N. 5.

einem Legat von je 100 belastet ist, so tritt mangels identischen Ziels Kumulation ein. Ist das Objekt dagegen nach allgemeinen Auslegungsregeln als identisch zu erachten, so liegt *eadem res* vor, und die weitere Erörterung hat sich nur noch damit zu beschäftigen, ob überhaupt ein Konkurrenzfall gegeben ist, d. h. ob die Erben solidarisch oder *pro rata* haften. Es ist nicht daran zu zweifeln, daß diese Frage hier ebenso gelöst worden oder, wenn man will, ungelöst geblieben ist wie bei der Stipulation.[1]) Ein positives Zeugnis dafür bietet das bereits erwähnte[2]) D. 30, 8, 1 (Pomp.), wo bei der Auslegung des alternativen (*aut—aut*) Damnationsvermächtnisses auf die Entscheidung in dem Falle verwiesen wird, daß *duo rei promittendi in solidum obligati fuissent.* Dementsprechend läßt Pomponius Konsumptionsverhältnis eintreten, während die Kompilatoren ihre Solutionskonkurrenz hier so ungeschickt eingefügt haben, daß schon Donellus ein Emblem vermutet hat[3]) und das Fragment seitdem bekanntlich zu den wenigen zählt, die als interpoliert allgemein anerkannt waren, längst ehe man an eine methodische Erforschung der byzantinischen Fälschungen herantrat.

§ 21. 5. Actio mandati.

Für die *actio mandati contraria* bildet das einzig überlieferte Beispiel das Verhältnis zwischen den Kreditmandatoren. Welche Erwägungen müssen die Klassiker angestellt haben, um sich hier über die *eadem-res*-Frage schlüssig zu machen? *Eadem res* liegt mangels einheitlichen Zieles natürlich von vornherein nicht vor, wenn das Objekt des Kreditauftrags des A ein anderes ist als das

1) S. ob. S. 179 ff. 2) S. 182.

3) Über den Umfang des Emblems besteht insofern Uneinigkeit, als Donellus (bei P. Krüger) und P. Krüger zdSt. die Worte *cum utro . . . solutum* tilgen, während sich die herrschende Meinung mit der Streichung der beiden Worte *et solutum* begnügt (so z. B. Ascoli 49 N. 3, Eisele 77, 433 f., Binder 332, Seckel, Haftung de peculio S.-A. 18 N. 3). Sachlich ist die Abweichung ohne Bedeutung, aus stilistischen Gründen aber wohl der herrschenden Meinung beizutreten: läßt man die obigen Worte stehen, so hat das *alter* eine bessere Beziehung, und es würde der befreiende Akt deutlicher genannt sein; andererseits hätten die Kompilatoren als Autoren des ganzen Zwischensatzes schwerlich zweimal von *agere* gesprochen und das *et solutum* bloß nachhinken lassen. Das letztere Moment zeugt ziemlich deutlich für Nachbesserung und gegen originale Einfügung des Ganzen.

des Bschen Auftrags, wenn also der eine Auftrag den dem C im Januar, der andere den dem C im Februar bis zur Höhe von je 1000 zu eröffnenden Kredit zum Gegenstande hat. Haben dagegen sowohl A wie B nur den Januarkredit im Auge, so ist zwar das Objekt identisch und diese Identität der Anlaß, den *ex fide bona* judizierenden Geschworenen von einer doppelten Verurteilung zurückzuhalten. Aber von *eadem res* kann mangels gemeinsamer Mandierung nicht die Rede sein.[1])[2]) Daß der Begründungsakt hier und bei allen Konsensualverträgen kein formeller ist, hat naturgemäß nicht das Ausscheiden des *causa*-Momentes überhaupt, sondern nur das zur Folge, daß man in dessen Beurteilung weitherziger sein muß. Wie der Vertrag nicht *verbis*, sondern *consensu* begründet wird, so kann auch die zu fordernde Gemeinsamkeit nicht an in bestimmter Weise gewechselten, an einen bestimmten Zeitpunkt gebundenen *verbis*, sondern nur an dem *consensus* gemessen werden, der seiner Natur nach nicht immer auf ein bestimmtes Ereignis festzulegen ist und vielmehr in der beliebig ausgedrückten Betätigung des Vertragschließungswillens besteht. Die gemeinsame *causa* ist also nichts als der gemeinsame *consensus*, dieser aber unter allen Umständen. Wie sonach einerseits eine Gemeinsamkeit im Sinne einer irgendwie berechneten Aktseinheit hier nicht zu verlangen ist, so muß andererseits feststehen, daß jeder der mehreren auf der einen Vertragsseite beteiligten Kontrahenten die Gemeinsamkeit kennt und will; ein derartiger Wille würde, falls er nur in der Person des später eintretenden und nicht auch in der des bereits gebundenen Kontrahenten vorhanden wäre, dagegen nicht genügen.[3]) — Ob ein in diesem Sinne gemeinsames Mandat vorliegt, ist bei jeder Quellenstelle zu prüfen. Ist von der Gemeinsamkeit zwar nichts ausdrücklich gesagt, wohl aber im Singular von einem *mandatum* mehrerer oder von *plures eiusdem pecuniae mandatores* die Rede, so ist (mit Rücksicht auf die

1) Belege fehlen; s. aber allgemein u. §§ 124 ff., 129 ff.

2) Der damit angedeutete theoretisch grundlegende, aber auch praktisch belangreiche Gegensatz zwischen *ius civile* und *officium iudicis* wird preisgegeben, wenn man hier dem *eadem-res*-Prinzip zuwider die *causa actionis* vernachlässigt: so insbes. Binder 353 f., Perozzi II 103 N. 1. Zutreffend halten Ascoli 22 ff., Eisele 77, 459 ff., Ferrini, Pand. 559 Note, Levy, Sponsio 212 f. an der durch die *causa* geforderten Grenzziehung fest.

3) Vgl. Levy 215; s. auch Eisele 77, 418.

Möglichkeit getrennter Mandierung wegen *eadem pecunia*) kein untrügliches, aber doch ein starkes Anzeichen für *eadem causa* gegeben.[1])

Somit ist an der prinzipiellen Möglichkeit von *eadem res* nicht zu zweifeln. Die weitere Vorfrage, ob mehrere Mandatoren *de eadem re* aufs Ganze haften und also konkurrieren, ist gleichfalls zu bejahen.[2]) Das von italienischer Seite[3]) zugunsten einer Ratenhaftung herangezogene Pap. D. 27, 7, 7 handelt unzweideutig vom *beneficium divisionis*[4]) und setzt damit umgekehrt die Solidarhaftung voraus. Ebenso deutlich wird sie in D. 15, 4, 5, 1 hervorgehoben, wo Paulus die solidare Belangbarkeit der *domini*, die *duo iusserunt*, daraus ableitet, daß sie *similes sunt duobus mandantibus.*[5])

Noch eindringlicher vielleicht und ex professo spricht Paulus in D. 17, 1, 59, 3:

Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiamsi non sit concessum in mandato: post condemnationem autem in duorum personam collatam necessario ex causa iudicati singulos pro parte dimidia conveniri posse et debere.

Der Gläubiger kann einen von den Mandatoren auch dann auf das Ganze auswählen, wenn ihm bei dem Abschluß des Mandats nichts dergleichen ausdrücklich zugestanden worden ist. Das mag vielleicht darauf hinweisen, daß bei der durch die Sachlage bei den

---

1) Näheres bei Levy 214 f.

2) So auch Eisele 77, 459 f., Binder 351 f.

3) Ascoli 23 und N. 3 daselbst (vgl. ob. S. 179 N. 3); ihm folgt Ferrini, Pand. 559 Note; ferner Perozzi II 108 Note (unter Berufung auf das verfälschte D. 19, 2, 47), obwohl er II 249 das *benef. divisionis* als klassisch anerkennt.

4) An den in Sponsio 146 ff. gegebenen Darlegungen ist m. E. durchaus festzuhalten. Dort habe ich den *si-enim*-Satz (dazu vgl. ferner den fast buchstäblich identischen Schluß von Just. C. 4, 18, 3 und Beseler II 89), aber nicht (wie Solazzi, Minore età 198 N. 1 annimmt) auch den vorhergehenden *nam-et-si*-Satz für interpoliert erklärt. Costas (Papiniano IV 27 ff.) Versuch, auch diesen Satz auszuschalten, ist trotz des zweifelnden Beitritts P. Krügers zdSt. und Perozzis II 108 Note ganz unhaltbar. Die Begründung mit der Rechtslage der Mandatoren ist keineswegs überflüssig, sondern sehr erwünscht (Sponsio 148 ff.) und um so mehr am Platze, als das *petierant* ein Kreditmandat fast in sich enthält. Die in C. 8, 40, 23 und auch sonst (s. Text) bestätigte Solidarhaftung steht mit dem *beneficium* in vollstem Einklang. 5) Nicht unmittelbar verwendbar ist Ulp. D. 17, 1, 21 i. f.

rei promittendi hervorgerufenen Unsicherheit ein solches *concedere* vielfach üblich gewesen sei[1]); gleichzeitig beweist es aber auch, daß diese Übung zur Zeit des Paulus in das dispositive Recht des Mandatsverhältnisses übernommen worden war. Da *in solidum* in betontem Gegensatz zur Ratenhaftung steht[2]), so setzt das Fragment zweifellos *eadem res* und also ein gemeinsames Kreditmandat voraus.[3]) Weiter besagt es aber nichts, insbesondere nichts über die zu erwartende Folgeerscheinung, das Konsumptionsverhältnis.[4]) Denn *eligere* an sich hat den Nebensinn einer zivilen Konsumption keineswegs[5]): es bedeutet ebensogut die außergerichtlich wie die gerichtlich getroffene Auswahl. Denkt Paulus, was durch das Folgende nahegelegt wird, mehr an die letztere, so ist *eligi* = *conveniri*, *in solidum eligi posse* also der genaue Gegensatz (*autem*) zum späteren *pro parte dimidia conveniri . . . debere.* Nur um diesen Gegensatz und nicht um die Gesamtwirkung der Konsumption ist es dem Juristen hier zu tun. Nicht die Wirkungen eines *eligere* verfolgt er weiter, sondern den Fall, daß der Gläubiger von dem *eligere* keinen Gebrauch macht. Belangt er beide Mandatoren gemeinsam[6]), so erreicht er eine Sentenz,

1) Vgl. auch Eisele 77, 460 N. 76, der aber das *beneficium divisionis* mit Unrecht heranzieht: Levy a. a. O. 153 N. 1.

2) Dazu ob. S. 178 mit N. 3.

3) So auch Eisele a. a. O.; anders Ascoli 23. Unmöglich ist der Versuch Binders 352, *concedere* mit „zusammengehen" zu übersetzen und den Konzessivsatz so zu verstehen, daß auch im Falle getrennten Mandats Gleiches gelte; vgl. auch die Wiedergabe der Basil. 14, 1, 59, 3 (Heimb. II 141): κἂν τοῦτο μὴ συνέδοξε.

4) Anders Binder a. a. O.; richtig insoweit Perozzi II 108.

5) S. ob. S. 41 ff., bes. S. 42 N. 9.

6) Die gemeinsame Belangbarkeit mehrerer *de eadem re* Verpflichteter ist, wenn sie auch überwiegend (vgl. nament]. Bethmann - Hollweg, Zivilpr. II 472 ff. und Solazzi, Stud. Moriani II 149 ff., Riv. 54, 68 sowie Keller, Litiskont. 570 f., Unger, Iher. Jahrb. 22, 230 N. 55, Ascoli 73 f., Bull. 4, 302, Arangio-Ruiz, Bull. 21, 242) anerkannt wird, doch von mancher Seite (Brinz, Krit. Blätter IV 10 f., Dernburg, Pand. II § 73 N. 2, Redenti, Arch. giur. 79, 55 ff. und mit Bezug auf einfache Aktionenkonkurrenz Wlassak, ZSSt. 33, 128 N. 1, 133 N. 1, 135 N. 4) in Abrede gestellt worden. Aber mit Unrecht. Von den herangezogenen Zeugnissen verhält sich D. 45, 2, 3, 1 über gemeinsames Prozessieren überhaupt nicht (s. ob. S. 183 ff.), und C. 5, 57, 1 wendet sich nur gegen die gleichzeitige Belangung von Hauptschuldner und Bürgen (wegen D. 27, 7, 6: Levy, ZSSt. 37, 80 N. 6); zu D. 50, 17, 43, 1 s. ob. S. 56 N. 3, zu D. 47, 12, 3, 9 u. S. 510. Ebenso versagen

die inneren Gründe. Die Streitbefestigung über die erste *actio* steht im späteren Prozeß *de eadem re* nicht der erneuten Streitbefestigung, sondern bloß der Verurteilung entgegen (s. ob. S. 58 f.). Nicht einmal die letztere Wirkung vermag einzutreten, wenn wie hier keine der Aktionen die erste, keine die zweite ist. Nicht notwendig, aber zweckmäßig wurden die mehreren *obligationes de eadem re* mittels einer Formel *in iudicium* deduziert, deren *intentio* die Beklagten etwa durch ein *et* sachlich richtig und formell leicht miteinander verknüpfte. Die gemeinsame Formel führte zu gemeinsamer Sentenz, ohne daß man klarzustellen brauchte, ob die Solidarität der *principales obligationes* sich in dem *litis contestatione teneri* der einzelnen Beklagten fortsetzte. Erst gegenüber der *condemnatio in duorum personam collata* war Farbe zu bekennen, ob das *iudicatum facere oportere* in der Person des einzelnen nach wie vor *in solidum* ging oder sich ohne weiteres in Teilhaftungen spaltete: *utrum* (wie Papin.-Ulp. D. 49, 1, 10, 3 klar formuliert) *una sententia* (= ein und dieselbe Judikatsschuld; vgl. *una obligatio* in D. 45, 2, 3, 1 [ob. S. 184]) *est et quasi plures in unam* (= ein und dieselbe) *summam rei sint* (*sunt*: Mommsen) *promittendi, ut unusquisque eorum in solidum teneatur, an vero scinditur in personas sententia.* Das Problem war also ein ähnliches, wie es derselbe Papinian (D. 45, 2, 11, 1. 2) für das Stipulationsrecht bezeugt (s. ob. S. 180). Der Neigung, das ursprüngliche Konsumptionsverhältnis in die *causa iudicati* hinein fortzupflanzen, scheint namentlich das Bedenken entgegengewirkt zu haben, das sich aus dem regelmäßigen Ausbleiben der die Konkurrenz auflösenden Streitbefestigung über die *actio iudicati* (Levy, Sponsio 220 mit Zit., auch Koschaker, Transl. iudicii 177) ergab. Jedenfalls ist seit dem Responsum Papinians (D. 49, 1, 10. 3) — aber nachweisbar erst seit diesem! — die Spaltung des *iudicati teneri* in selbständige (zivile) Teilschulden allgemein Rechtens: Paul. (resp.!) D. 17, 1. 59, 3; Paul. (resp.!) D. 42, 1, 43 (Schluß itp.); C. 7, 55, 1 (a. 229); eod. 2 (a. 242; wiedergegeben von der Collectio de contutoribus i. f.: Levy, ZSSt. 37, 24 N. 7); nicht ebenso sicher Pap. resp. D. 49, 14, 39, 1. —

Das eben berührte Problem hat seine Quelle naturgemäß im Gebiet der auf das Ganze gerichteten Obligationen *de eadem re.* Auf sie zielen deshalb allgemein redende Stellen wie Pap.-Ulp. D. 49, 1, 10, 3 und Paul. D. 42, 1, 43 in erster Linie ab, und auch Quinctilian instit. orat. 3, 10, 2 (vgl. ob. S. 16 N. 6) muß mit an sie gedacht haben, wenn er als *causa coniuncta* den Fall nennt, in dem *unus a duobus dumtaxat eandem rem atque ex eadem causa petet, aut duo ab uno, aut plures a pluribus.* Andere Belege passiver Streitgenossenschaft schlagen unmittelbar in den Bereich von Prozeßkonsumptionsverhältnissen ein: in das Kreditmandat (D. 17, 1, 59, 3), die Tutel (u. § 24; dazu D. 27, 7, 6 init.; 49, 1, 10, 4; C. 7, 55, 2, aber auch D. 26, 7, 25; eod. 39, 15; C. 5, 37, 1; eod. 5), die Cura (D. 26, 7, 25; eod. 39, 15; 27, 3, 20, 1) und wohl auch in den Bezirk der *actio subsidiaria* (u. § 29; dazu wohl C. 7, 55, 1). Allgemein empfahl sich die gemeinsame Belangung einem Gläubiger, der nicht alles auf eine Karte setzen wollte und andererseits die (bei *intentio certa* gegebene)

die formell *in duorum personam* lautet, materiell aber *in personas scinditur*[1]) und so zu zwei je auf die Hälfte gerichteten *actiones iudicati* führt.

Schon hiernach ist der Anerkennung eines zivilen Konsumptionsverhältnisses zwischen gemeinsam verpflichteten Mandatoren kaum mehr auszuweichen.[2]) Wenn sich trotzdem eine stattliche Anzahl moderner Schriftsteller noch gegen sie sträubt[3]), so ist das um so

Möglichkeit einer Belangung der einzelnen auf zahlenmäßig bestimmte Teile nicht hatte. Darüber hinaus hatte bei Geschäftsführungsklagen der Geschäftsherr an einem gemeinsamen Vorgehen gegen die Geschäftsführer auch dann ein Interesse, wenn diese an sich nur anteilsmäßig hafteten: neben die Teilung von Ganzklagen tritt die Häufung von Teilklagen (z. B. D. 2, 15, 9 pr.; 5, 1. 44 pr.; dazu Solazzi, Riv. 54, 60 N. 1), die durch die Zulassung des Gerichtsstandes der Verwaltung (D. 3, 3, 54, 1) und gegenüber den Vormundserben durch das Gebot des identischen Geschworenen (C. 5, 51, 5 [dazu teilweise richtig Solazzi 60 f.]; weitergehend als D. 5, 1, 19 pr.) beträchtlich erleichtert wurde. Eine notwendige Streitgenossenschaft ist das natürlich nicht; eine solche besteht nur gegenüber den zum gleichen Gerichtsbezirk gehörenden Vormundsbürgen und hat hier ihre besonderen Gründe: Levy, ZSSt. 37, 80 ff., 82 N. 1. — Redentis (a. a. O. 62 ff.) Versuch, die Zeugnisse für die Streitgenossenschaft dadurch auszuschalten, daß er sie auf solche Prozesse beschränkt, in denen Rechnungslegung und Feststellung der Verbindlichkeit des einzelnen Tutors (Gegensatz: *responsabilità solidali ex communi gestu*) in Frage stehen, ist trotz Arangio-Ruiz, Bull. 21, 246 f. unhaltbar; vgl. jetzt auch Solazzi 60 N. 1. Die Unterscheidung findet in den Quellen keinerlei Anhalt; sie beruht auf Begriffen, die erst die Byzantiner in das Vormundschaftsrecht hineingetragen haben (Levy a. a. O. 24 ff.), und wird durch die *quidquid*-Intentio der *formula tutelae*, überdies auch durch D. 26, 7, 25; 27. 3, 20, 1 widerlegt. — Zur aktiven Streitgenossenschaft vgl. etwa D. 16, 3, 1, 44 init. (dazu u. S. 385).— Näheres zu der von Redenti eingehend erörterten Streitgenossenschaft des klassischen Privatrechts gehört nicht hierher.

1) *Ipso iure*: vgl. vor. Note. Ebenso Bethmann-Hollweg II 475 f., Solazzi, Studi Moriani II 150, Redenti 57; anders Wenger, Actio iudicati 74 N. 14.

2) Ebenso wohl schon Alibrandi I 179 und jedenfalls Eisele 79. 459 f., Binder 351 ff., H. Krüger, ZSSt. 22, 222, Levy, Sponsio 209 ff.

3) Meist mit Rücksicht auf D. 46, 1, 41, 1 (s. u. S. 226 ff.) und D. eod. 52, 3 (alsbald im Text): Ascoli 22. 61, Girard 758 N. 2, Ferrini, Pand. 559 Note. Kübler, Berl. phil. Wochenschr. 28, 533, Perozzi II 103 N. 1, 107 f. (Note), 249, Rabel, RPR. 476. — Perozzis Meinung beruht auf seiner allgemeinen Theorie (102 ff.), daß die klassische Personenkonkurrenz nur bei Verbalobligationen eine zivile Konsumption gekannt habe. Aber diese (früher ein-

merkwürdiger, als es keine Personenmehrheit gibt, die in den Quellen so häufig mit den *rei promittendi* auf einer Stufe genannt wird wie die der Mandatoren. Gleich die bekannte Reformverordnung Justinians C. 8, 40, 28 nimmt ihren Ausgang davon, daß es zwischen Fidejussoren (oder *rei promittendi*) ebenso gehalten werden solle, *quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta alter non liberetur.* Unmöglich hätte das Verhältnis der Mandatoren zum Vorbild dienen können, wenn es nicht selbst ursprünglich der konsumierenden Wirkung der Streitbefestigung zugänglich gewesen wäre. Und dabei ist es mindestens die ganze klassische Zeit hindurch geblieben. Innere und äußere Gründe sprechen sogar dafür, daß erst Justinian oder einer seiner unmittelbaren Vorgänger das entsprechende „Statut" für das Kreditmandat erlassen hat[1]). Noch Diokletian weiß, wie das Emblem in C. eod. 23[2]) wahrscheinlich macht, nichts davon. Das *et* im Beginn von C. eod. 28, 1 deutet stark darauf hin, daß auch im Gebiet des Kreditmandats das dort geschilderte *pactum* bis zu Justinian üblich und also notwendig gewesen sei, um die Prozeßkonsumption auszuschließen. Vollen Beweis endlich liefert eine ἐρωταπόκρισις des Stephanos[3]), die auch deshalb besondere Beachtung verdient, weil sie erneut das Mandatorenrecht zwecks Klarstellung des Rechtes der *rei promittendi* als gleichwertig heranzieht. Auf die Frage, ob unter den letzteren die Streitbefestigung gesamtbefreiend wirke, erwidert Stephanos[4]):

---

mütig [s. Binder 23, Levy 126 N. 1 mit Liter., Redenti 56 N. 1], inzwischen auch von Albertario, Bull. 25, 24 N. 1, Bonfante [s. ebenda] und Rabel 476 N. 2 abgelehnte) Theorie ist unzureichend begründet und unannehmbar. Daß der novatorische Effekt der Stipulation vorbehalten war, hat mit dem Anwendungsbereich der zivilen Konsumptionsregel nichts zu tun. Das Dogma, daß nach Leistung einer Sache eine auf dieselbe Leistung gerichtete weitere *obligatio* wegen Unmöglichkeit erlösche, ist dem klassischen Recht fremd (s. ob. S. 189 N. 3, u. § 166); ist nur die Ästimation geleistet, so entfällt überhaupt seine Anwendbarkeit. In den byzantinischen Lehren der Nachforderungsklage und der Ineinanderrechnung der Ansprüche befangen, argumentiert P. auch im wesentlichen mit anerkannten Emblemen wie D. 16, 3, 1, 43/4 und D. 19, 2, 47, während er echte Fragmente verdächtigt. Näheres zu den einzelnen Stellen: s. auch ob. S. 195 N. 2.

1) Levy, Sponsio 211 N. 2; anders Perozzi II 108.

2) S. bald im Text. 3) Vgl. u. S. 447 N. 4.

4) Schol. τοῦ αὐτοῦ zu Bas. 23, 1, 44 (Heimb. II 641), beigezogen schon von Alibrandi I 60, 181.

Τὸ μὲν παλαιὸν ἠλευθεροῦτο · σήμερον δὲ οὐκ ἐλευθεροῦται θάτερος αὐτῶν διὰ τῆς κατὰ τοῦ ἑτέρου προκατάρξεως, ὥσπερ οὖν οὔτε ὁ μανδάτωρ οὔτε ὁ ἐγγυητὴς διὰ τῆς κατὰ τοῦ ἐγγυητοῦ ἢ τῆς κατὰ τοῦ μανδάτορος προκατάρξεως, ὡς ἀνήνεκται . . . (= C. 8, 40, 23).

Wie hier Mandatoren und Fidejussoren in dem entscheidenden Punkte durchaus auf derselben Linie erscheinen, so bereits in Hadrians epistula über das *beneficium divisionis*: C. 4, 18, 3[1]) und Papin. D. 27, 7, 7.[2]) Daß gerade diese beiden Mehrheiten aus der Menge ähnlicher Rechtsverhältnisse herausgehoben wurden, macht nur ihre in weitem Umfang identische Struktur[3]) erklärlich. Aber auch abgesehen von dem Vergleich mit den Bürgen ist ein *beneficium divisionis* wie eine Teilung überhaupt anders als zwischen *de eadem re* Verpflichteten weder bezeugt noch denkbar[4]): nur „identische" Gegenstände können ohne Schaden für die Beteiligten so geteilt werden, daß ihre Teile zusammen das *solidum* ergeben. Das *beneficium* zuzugestehen[5]), *eadem res* aber abzuleugnen: das ist für das klassische Recht ein Widerspruch in sich.

Weitere Beweise für das Konsumptionsverhältnis gemeinsamer Mandatoren[6]) zu fordern, ist angesichts Justinians und Stephanos' deutlicher Sprache unstatthaft. Auf Grund der c. 28 cit. und des dort erwähnten *statutum* mußten die Kompilatoren die Wirkung der Prozeßkonsumption, wo sie sie normiert fanden, tilgen oder durch die der Zahlung ersetzen. An zwei Stellen sehen wir sie bei der Arbeit. In C. 8, 40, 23 hat sich Diokletian ähnlich wie Ulpian in D. 45, 2, 3, 1[7]) ganz gewiß auf den Ausspruch beschränkt, daß es dem Gläubiger freistehe, gegen die solidarisch Verpflichteten auf das Ganze oder *pro parte* vorzugehen. Der störende und schwerfällige Einschub *vel satis . . . liberetur* kann schon[8]) deshalb nicht

1) Hierzu Levy, Sponsio 146, 209 N. 2 und sonst. Besonders bemerkenswert ist *et in his* und *simul*, insofern hier deutlich die gemeinsamen Mandatoren allein berücksichtigt werden.

2) Ob. S. 196 N. 4. 3) Levy 209, 215.

4) Levy 155 f., ob. S. 178, bes. N. 4.

5) So außer Costa (ob. S. 196 N. 4) die allgemeine Ansicht.

6) Ein mittelbares Indiz liefert noch D. 46, 1, 41, 1: vgl. insoweit (im übrigen u. S. 226 N. 3) Levy 211. 7) Ob. S. 183 ff.

8) Bemerkenswert ist auch die Verwendung von *electio* im Sinne von Streitbefestigung gegenüber dem im echten Anfang stehenden *eligere* (= aus-

aus dem Jahre 294 stammen, weil er, mindestens soweit die *rei principales* in Frage stehen, das Reformgesetz von 531 voraussetzt.[1]) Das andere Beispiel bietet Pap. D. 46, 1, 52, 3:

Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur, sed omnes liberantur pecunia soluta.

An den bisher vorgeführten klassischen und byzantinischen Aussprüchen gemessen, würde dieses Fragment zugunsten der „Solidarobligation" selbst dann nichts dartun, wenn es, für sich allein betrachtet, untadelig wäre. Aber bereits Eisele[2]) hat bemerkt, daß die Worte *absolutione quoque secuta* dem Klassiker fremd sein müssen, weil für diesen das (freisprechende) Urteil als Konsumptionsfaktor überhaupt nicht in Erwägung kam. Wie nahe liegt es, daß der Autor, der mit dem ablativus absolutus die Verneinung grell beleuchten wollte, die Verneinung selbst erst erfand! Streicht man den Ablativ[3]), so bleibt ein Satz übrig, der in nackter Schärfe das Dogma wiederholt, das in C. 8, 40, 28 pr. und eod. 23 gepredigt wird: das σήμερον des Stephanos leuchtet zwischen den Zeilen auf. Und so ist es sicher richtig, wenn Binder[4]) nach *eligatur* nur noch die Worte *omnes liberantur* Papinian zuschreibt. Aber seine ferneren Gründe, die dem wahrlich nicht als unpräzise oder weitschweifig bekannten Klassiker eine Fragestellung zumuten, die „die Antwort schon in sich enthält" und somit für den Fall, daß die Antwort anders ausfiel, zu einer „contradictio in adjecto" geradezu anreizte, gehen gewiß fehl und sind ein Beweis dafür, daß Binders Auffassung von *eligere* eben nicht die klassische ist. Das *si unus iudicio eligatur* heißt mitnichten: wenn der eine durch *litis contestatio*

---

wählen), das wie in D. 17, 1, 59, 3 lediglich den Gegensatz zu *pro parte convenire* bezeichnet: vgl. ob. S. 41 ff., namentl. S. 42 N. 9, 44 N. 5, 45 N. 4.

1) Zu der Itpol.: Binder 354, Levy 211, 214 (auch über die Gemeinsamkeit des Mandats), Redenti 57, P. Krüger zdSt.

2) 77, 461; seine weitere Darlegung ist gekünstelt. Hätten die Kompilatoren die Äußerung Papinians von getrennten Mandaten verstanden wissen wollen, so hätten sie das nicht durch das Rätsel *absolutione quoque sec.*, sondern gemeinverständlich zum Ausdruck gebracht. Für die Gemeinschaftlichkeit des Mandats: Binder 352, Levy, Sponsio 214, ob. S. 195 f.; vgl. auch Perozzi II 108.

3) So auch Binder a. a. O., Levy 211 N. 3, P. Krüger zdSt.

4) Vgl. auch schon Alibrandi I 179, ferner Levy 211.

Konsumption herbeigeführt hat[1]), sondern es setzt wörtlich und korrekt nur den Fall, daß der eine durch *iudicium* d. h. durch *litis contestatio*[2]) ausgewählt wird, ist also gleichbedeutend mit einem *si cum uno lis contestetur.*[3]) Und dieser Fall verlangte nach einer Antwort, die Papinian mit *omnes liberantur*, die Kompilatoren aber mit *non liberantur* geben mußten. —

Für die Haftung gegenüber der *actio mandati directa* ist die Ausbeute gering. In Betracht kommt nur Scaev. D. 17, 1, 60, 2:

> *Duobus quis mandavit negotiorum administrationem: quaesitum est, an unusquisque mandati iudicio in solidum teneatur. respondi unumquemque pro solido conveniri [debere, dummodo ab utroque non amplius debito exigatur].*

Und auch hier beschränkt sich die Frage deutlich darauf, ob *in solidum* gehaftet werde. Bedenkt man, daß das Ziel der Klage nur Erfüllung oder Ersatz sein kann, eine Kumulation also ausgeschlossen ist, und ferner, daß es *unusquisque* und nicht *duo* oder *omnes* heißt, so besteht kein Zweifel, daß der der Frage vorschwebende Gegensatz in der Ratenhaftung zu suchen ist.[4]) Dem entspricht der erste Teil der Antwort. Von *debere* ab geht der Entscheid nach bekannter Manier von dem Ob auf das Wie der Konkurrenz über, und zwar nach der Richtung, daß die Befriedigung des Gläubigers[5]) den Ausschlag geben soll. Aber es ist nicht nur die plötzlich auftauchende Solutionskonkurrenz, die hier stutzig macht; ein Mißverständnis des Voraufgegangenen und ein offenbarer Fehler kommen hinzu. Wie die Frage[6]) zeigt, hat Scaevola bei seiner Antwort nur daran gedacht, daß jeder von beiden *in solidum* belangt werden könne, ohne auf die Lösung der Konkurrenz (zweifellos Prozeßkonsumption) überhaupt einzugehen; der Schlußsatz setzt dagegen voraus, daß sowohl der eine wie außerdem noch der andere auf das Ganze belangbar sei, und will nun diese selbstgeschaffene Gefahr einer Kumulation

1) Das müßte etwa heißen: *unus iudicio eligi debet*: vgl. ob. S. 44 f.

2) Vgl. Wlassak, Prozeßges. II 37 f., Seckel *iudicium* 1 a α.

3) S. dazu ob. S. 41 ff., namentlich S. 45 N. 2.

4) Ebenso Perozzi II 108.

5) *Exigere* haben die Byzantiner auch sonst in diesem Zusammenhang verwendet: D. 4, 2, 15; 9, 4, 4, 2. 3; 26, 7, 55, 1.

6) Nicht das *pro solido*; denn dieses heißt nur „für das Ganze“ und paßt deshalb sowohl zur Konsumption wie zur Kumulation.

dadurch beseitigen, daß er den Betrag des auf das *debitum* Gezahlten als Grenze setzt. Geradezu falsch ist das *debere* an Stelle von *posse*; denn daß ein Gläubiger von dem Recht der Solidarbelangung Gebrauch machen müßte, hat das klassische Recht niemals angenommen.[1]) Die oben eingeklammerten Worte sind daher ganz gewiß zu streichen.[2])

§ 22. 6. Actiones depositi, commodati, empti venditi, locati conducti.

a) Bis vor kurzem stand im Vordergrund der die nichtverbale „Korrealität" betreffenden Erörterungen das Fragment Papinians D. 45, 2, 9 pr.:

Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione conductione, deposito, commodato, testamento, ut puta si pluribus heredibus institutis testator dixit: „Titius et Maevius Sempronio decem dato". Aber neuere Untersuchungen haben klargestellt, daß der klassische Wein einen erheblichen Zusatz byzantinischen Wassers sich hat gefallen lassen müssen. Sicher nachgefügt ist die mit *quia* beginnende Begründung[3]), die von formalen und sachlichen Verfehlungen strotzt[4]),

1) S. u. S. 263 N. 1.

2) Auch Eisele 77, 458 N. 75 hält sie für bedenklich, aber aus dem unrichtigen Grunde, als deuteten sie auf ein kompilatorisches *beneficium divisionis*. Das rügt richtig Binder 299 N. 7, der die Stelle ebenso wie Ascoli 23 N. 3 ohne nähere Begründung für echt hält.

3) Die erste Andeutung Pernices, ZSSt. 9 (1888), 217 N. 2 blieb zunächst unbeachtet: Ascoli 25, Binder 366 f. (dort 368 N. 117 die gemeinrechtl. Literatur), aber auch noch Girard 741 N. 5, 742 N. 4. Erst im neuen Jahrhundert mehren sich die Stimmen: Scialoja, Bull. 14 (1901/2), 10 N. 2, Levy, Sponsio 126 N. 2, de Ruggiero, Bull. 19, 62. Perozzi, Ist. II 18. 106, Rotondi, Arch. giur. 83, 291 N. 2; Bull. 24, 57 N. 1, Albertario, Bull. 25, 23 ff., Rabel, RPR. 476 N. 2; zweifelnd noch Bortolucci, Bull. 17, 314, P. Krüger zdSt.

4) Das Wesentliche ist von de Ruggiero (vor. Note) zusammengestellt. Hingewiesen sei noch auf die in *deposito, commodato* liegende petitio principii und auf das *et* im Legatstexte, das im justinianischen Recht zwar begreiflich ist (vgl. C. 6, 38, 4, 1 a), in einem klassischen Fragment aber durch *aut* hätte ersetzt sein müssen (so denn auch die Konjekturen seit Cujaz, Observ. 5, 35; vgl. ferner ob. S. 182).

so gut wie sicher eingeflickt das Stück *vel eandem rem duobus similiter commodavi*[1]), das, mit vielen ähnlichen Emblemen verwandt, im folgenden § 1 nicht berücksichtigt ist und dessen Tilgung dort die an sich anstößigen[2]) Überleitungsworte *in deponendo penes duos* entbehrlich macht.

Ein weiteres Bedenken weckt das Wort *promittendi*, das dem Tatbestand zum Trotz auf eine Stipulation zu weisen scheint. Seinethalben vor allem will Perozzi unter dem Beifall Albertarios[3]) ein Verbalversprechen der Depositare entweder in den ursprünglichen Text einfügen oder gar in dem *fidem sequi* unmittelbar ausgedrückt finden.[4]) Aber diese von anfechtbarem Ausgangspunkte eingegebene[5]), am letzten Ende auf seiner verfehlten Theorie von der klassischen *obligatio* beruhende Vermutung läßt sich nicht halten.[6]) Ihr einziger positiver Anhalt, der im § 1 erscheinende Satz *cum duo quoque culpam promisissent*, ist selbst unecht.[7]) Gegen sie entscheidet die untadelige Fassung des einleitenden Tatbestandes und im § 1 das mehrfache *pacisci* (*pactum*).[8]) *Promittendi* muß also im weiteren Sinne verstanden oder interpoliert sein.[9]) Das erstere ist nicht ganz von der Hand zu weisen; ein derartiger Sprachgebrauch begegnet auch sonst[10]) und wäre, wenn man bei den *rei promittendi* mehr das Konsumptionsverhältnis als solches ins Auge faßte, um so weniger verwunderlich, als die allgemeinere Kategorie der *rei debendi* dem klassischen Sprachschatz ja überhaupt nicht

1) de Ruggiero, Bull. 19, 45. 59. 62, Perozzi, Rotondi und Albertario an den ob. S. 204 N. 3 angef. Stellen.

2) Seckel-Heumann, *penes* S. 415 f. 3) Beide a. a. O.

4) Gegen diese beweislose These vgl. auch u. S. 208 N. 2. 3.

5) Vgl. ob. S. 199 N. 3.

6) Dawider wohl auch Rabel 476 N. 2; s. ferner Rotondi a. a. O. (ob. S. 204 N. 3).

7) Er ist überflüssig; *quoque* steht falsch; *culpam promittere* ist ἅπαξ λεγόμενον (VIR. I 1076, 20) und ebenso unleidlich wie z. *repromittere* (Schulz, ZSSt. 32, 36).

8) Den § 1 will Albertario, Bull. 25, 23 ff. gänzlich streichen. In Wahrheit ist die Stelle, von einigen Emblemen (ob. N. 2. 7) abgesehen, im wesentlichen echt: vgl. auch u. S. 207 N. 2, 210 N. 5 b sowie wegen *natura obligationis* Rotondi, Bull. 24, 57.

9) Für letzteres anscheinend de Ruggiero, Bull. 19, 62.

10) Vgl. etwa Paul. D. 2, 14, 25 pr. (u. S. 219), Paul. D. 3, 3, 42, 5 (s. folg. N.), Jul. D. 12, 6, 20.

angehört.[1]) Aber noch weniger ist gegen die Annahme etwas einzuwenden, daß Papinian im Einklang mit dem mehrmaligen Ausdruck des § 1 schlechthin *duo rei* gesagt oder korrekt ein *quodammodo* oder *quasi*[2]) eingeschaltet hätte. Im letzteren Falle hätten die Byzantiner den abschwächenden Zusatz wegen ihres *non tantum verbis stipulationis, sed et* streichen müssen; im ersteren legte der gesetzartige Charakter, den sie der Papiniansäußerung aufdrängten, ihnen die vollere Form *duo rei promittendi* nahe. Vergegenwärtigt man sich den hiernach wahrscheinlichen Urtext:

Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus: fiunt duo rei. sed si quis paciscatur, ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est non esse duos reos, a quibus inpar suscepta est obligatio . . .

und hebt man so die Paragraphenteilung zwischen den beiden eng zueinander gehörigen Teilen auf, so wird man es mit Befriedigung begrüßen, daß das Fragment der oft geäußerten[3]) und doch mit der Überlieferung unverträglichen[4]) Anschauung, nach der die „Korrealität" außerhalb des Bereiches der Stipulationen noch dem Spätklassiker als neu und bemerkenswert erschienen sei, nunmehr keine weitere Stütze gewährt. Die Tatsache des Konsumptionsverhältnisses zwischen den Depositaren wird von Papinian nicht um ihrer selbst willen hervorgehoben, noch viel weniger als erst begründungsbedürftig erachtet, sondern lediglich zum sicheren Ausgangspunkt genommen für die zur Erörterung gestellte *quaestio* nach der Gesamtwirkung gewisser in der Person eines der *duo rei* auftretender Umstände. Daß dieses das eigentliche Thema war, wird durch den folgenden § 2 bestätigt und durch die Inskription (lib. 27

---

1) Die einzige Verwendung (VIR. II 80, 43; V 207, 17—19) in D. 4, 8, 34 pr. ist interpoliert (s. u. S. 382 N. 2). Bezeichnend ist auch der Ausdruck *eiusdem pecuniae debitores* in Pap. D. 26, 7, 38 pr. (s. u. S. 222) und der Gegensatz: *reis credendi—reis promittendi* in Paul. D. 3, 3, 42, 5. — S. auch u. S. 384 N. 4.

2) S. etwa D. 13, 6, 5, 15 i. f.; 13, 5, 16 pr.; 21, 1, 31, 10; 30, 8, 1.

3) Vgl. ob. S. 175 N. 1.

4) Zivile Konsumption begegnet z. B. in folgenden Personenkonkurrenzstellen: Sabin.-Ulp. D. 43, 16, 1, 13 (u. S. 285 ff.), Sabin.-Paul. D. 47, 2, 42, 1 (u. S. 357 f.; doppelte Konkurrenz), Cass.-Paul. D. 39, 3, 11, 1 (u. S. 273), Jul.-Ulp. D. 15, 1, 32 pr. (u. S. 252 ff.), Pompon. D. 44, 2, 21, 4 (u. S. 368 ff.; doppelte Konkurrenz). Vgl. ferner die *epistula Hadriani* zugunsten der Mandatoren: ob. S. 201.

quaestionum) nicht widerlegt.[1]) Die einzig verbleibende Frage, warum Papinian seinem Beispiel statt der Stipulation ein Depositum zugrunde legte, wird restlos dadurch beantwortet, daß für ein *pactum de culpa*[2]) *praestanda* nur auf einem sonst der *culpa*-Haftung verschlossenen Gebiet Raum war.

Es erübrigt die Verwertung des den rekonstruierten Text einleitenden wichtigen Anfangssatzes. Als Rechtsfolge offenbaren die Worte *fiunt duo rei*, daß ein ziviles Konsumptionsverhältnis Platz greift. Zugleich deuten sie an, daß der Grund dafür dort zu finden ist, wo er bei den *rei promittendi* liegt: in der *eadem res*. Durch die Bezeichnung des Hinterlegungsobjektes als *eadem res* ist das Klagziel (*quidquid ob eam rem Num Ao dare facere oportet ex fide bona*) identifiziert. Die *eadem causa* wird vielleicht sogar besonders unterstrichen: erscheint doch *pariter*, wie Gai. III 7 und Marcian. D. 34, 5, 16 pr. authentisch klarstellen und Gai. D. 10, 3, 2 pr.[3]), Marcian. D. 20, 1, 16, 8[4]) für einen ganz ähnlichen Zusammenhang bekräftigen, auch sonst häufig in der Bedeutung von *simul.*[5]) Aber gerade wenn man mit der obigen Rekonstruktion Ernst macht und wenn man — was sie aufs neue empfiehlt — darauf achtet, daß im *sed*-Satze *inpar suscepta est obligatio*, während die *rei* des § 2 wiederum *maxime parem causam suscipiunt*, wird man es vorziehen, in *pariter* die Gleichheit der Vertragsberedungen[6]), also ein Moment ausgedrückt zu sehen, das nur nach Maßgabe des Folgenden für die Entstehung der *eadem res* von Gewicht ist. Das elementare Erfordernis der *eadem causa* zu erwähnen, hatte Papinian, zumal in der Höhensphäre seiner Quästionen, ja auch um so weniger nötig, als ein *apud duos deponere*, wenn entfernte Möglichkeiten außer Betracht bleiben, das *uno actu* schon in sich enthält.

Das Reststück *utriusque fidem in solidum secutus*, das die Pandektendoktrin[7]) von einer „ausdrücklichen Vereinbarung der Kor-

---

1) Mit Recht stellt Lenel, Pap. Nr. 335 das fr. unter den Sondertitel: *de duobus reis constituendis.*

2) Nicht: *custodia,* wie Rabel 476 N. 2 (vgl. auch Seckel-Heumann 416 ob.) will. Zu beachten ist hiergegen auch die Wendung: *communis culpa intercessit.* 3) Vgl. Berger, Teilungsklagen 28 N. 1.

4) Vgl. Fehr, Röm. Pfandrecht 98. 5) S. auch Seckel-Heumann h. v.

6) So auch Rotondi, Bull. 24, 57, Eisele, ZSSt. 35, 2 N. 1.

7) Vom Standpunkt der Kompilation aus nicht ohne Grund: Perozzi II 106.

realität" verstand[1]), weiß hiervon schlechterdings nichts. Diskutabel ist nur, ob Papinian an eine besondere Beredung der Ganzhaftung denkt. Aber auch das ist abzulehnen. *Fidem sequi* bezeichnet immer — doppelt in dem charakteristischen Participium coniunctum[2]) — die Vertrauens- und Willensrichtung des Gläubigers, wie sie in einem Rechtsgeschäft implicite zum Ausdruck kommt, aber nicht noch neben ihm erklärt oder gar vertraglich ausgemacht wird.[3]) Kann also der, welcher *apud duos deposuit*, darauf vertrauen, daß jeder der beiden *in solidum* für sein Wort einsteht, so heißt das nichts anderes, als daß die Solidarhaftung zu den *naturalia* eines solchen Geschäftes gehört.[4]) Das allein stimmt auch zu der bei den Mandatoren festgestellten Rechtslage[5]), zum Recht des Kommodats (Cels.-Ulp. D. 13, 6, 5, 15)[6]) und vor allem des Depositums selbst, wie es Ulpian in D. 16, 3, 1, 43 überliefert[7]):

Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit nec liberabitur alter, si cum altero agatur: non enim electione, sed solutione liberantur. proinde si ambo dolo fecerunt et alter quod interest praestiterit, alter non convenietur exemplo duorum tutorum: quod si alter vel nihil vel minus facere possit, ad alium pervenietur: idemque et si alter dolo non fecerit et idcirco sit absolutus, nam ad alium pervenietur.

Da der Gedanke, der eine der beiden Depositare könne allein haften sollen, von vornherein auszuschließen ist, so steckt in dem *adversus unumquemque eorum agi poterit* mit Notwendigkeit der Satz, daß jeder — nach allgemeinem dispositivem Recht[8]) — *in*

---

1) So auch noch Ascoli 26 N. 1 und Binder 367, der sich vor allem auf das *similiter* beruft. Aber wenn *similiter* nicht unecht wäre, würde es sich ohne weiteres auch auf *pariter* beziehen können.

2) Vgl. auch die gleichen Wendungen in Ulp. D. 12, 1, 1, 1 und Ulp. D. 42, 5, 24, 2; ähnlich unser Papinian in D. 17, 1, 53 (*alterutrius mandatum secutus*: dazu Partsch, Neg. gest. I 20) sowie Marcell. D. 19, 2, 47 (*singulorum in solidum intuitum personam*: s. u. S. 217 f.), Ulp. D. 17, 1, 21 (*alienum* oder *utriusque mandatum intuitus spopondit*).

3) Vgl. auch Seckel-Heumann, *sequi* zu e.

4) Ebenso de Ruggiero, Bull. 19, 59 f., Rotondi, Arch. giur. 83, 291 N. 2; zweifelnd noch Eisele 77, 450 f.

5) Vgl. besonders S. 197 bei N. 1. 6) S. u. S. 215.

7) Daß die Gegner einen Gegensatz zu diesen beiden Stellen annehmen, verbessert ihre Lage nicht. 8) Vgl. Eisele 77, 448.

solidum haftet. Der Tatbestand ist derselbe wie der des fr. 9 pr. Also muß, da Meinungsverschiedenheiten zwischen den Juristen durch nichts nahegelegt werden, auch die Entscheidung gleichfalls auf Prozeßkonsumption lauten. Dem tritt die Überlieferung zunächst durch ein dürres *nec* und dann durch eine längere Ausführung entgegen, in der die *solutio* als der allein befreiende Akt herausgestellt wird. Eisele[1]) hat erkannt, daß das im wesentlichen Tribonians Werk ist, und daran ist trotz Ascolis[2]) eindringlichen Einspruches festzuhalten.[3]) Von Tribonian stammt zunächst das justinianische Konsumptionsmotto[4]) *non enim electione, sed solutione liberantur*, das weniger den vorangehenden Satz[5]) als die Einfälschung des *nec* begründet und durch die im Sinne von *litis contestatio* verwendete *electio*[6]) wie das Fehlen eines sinngemäßen Subjekts Anstoß erregt. Damit eng zusammen hängt das auch durch den Modus auffallende Emblem *quod interest praestiterit* und endlich der ganze mit *quod si* beginnende Rest; in ihm hat Eisele auf das schwerfällige und überflüssige *nam*-Anhängsel, das falsche *facere possit* und das doppelte *perveniri ad*[7]) mit vollem, auf die zweimalige Inkongruenz *alter—alius*[8]) mit überwiegendem Recht hingewiesen.

1) 77, 448 ff., Beitr. z. röm. RG. 243.

2) A. a. O. 25 ff., Bull. 4, 290 ff. (grundlegende Fehler: Teilung der einheitlichen *actio* in Rückgabe- und Schadensersatzklage; der *dolus* sei die *causa actionis*; die Verschiedenheit der Verschuldenshaftung bei *depositum* und *commodatum* wirke auf die *eadem-res*-Frage: gegen letzteres auch de Ruggiero 58 f.). Für die Echtheit des § 43 ferner: Girard 748 N. 1, 2 und im wesentlichen Perozzi II 104 N. 1, 107.

3) Vgl. auch Binder 355 f., Ferrini, Pand. 558 N. 3, 561 N. 2, Sorrentino, st. Scialoja I 661, de Ruggiero, Bull. 19, 58 ff., Seckel-Heumann, *pervenire* 4, P. Krüger zdSt., Rabel 476 N. 2, Pringsheim, Kauf m. fr. Geld 152 N. 3; zweifelnd Rotondi, Arch. giur. 83, 291 N. 2.

4) Vgl. etwa ob. S. 201. 5) Vgl. Eisele 449, Binder a. a. O.

6) S. ob. S. 41 ff., namentlich S. 45 N. 4.

7) Dazu Levy, ZSSt. 37, 58 N. 5.

8) Überblickt man die zahllosen Stellen, an denen die Juristen korrekt *alius—alius* oder *alter—alter* gebrauchen, so will es schon etwas bedeuten, daß (nach Abzug der Fragmente, in denen *alterius* den fehlenden Genetiv von *alius* ersetzt) nur noch 4 Stellen jene Verbindung aufweisen (VIR. I 388, 1—18): Pap. D. 16, 2, 16 pr.; Ulp. D. 4, 2, 16 pr.; Ulp. D. 25, 6, 1 pr. i. f. (Plur.: *alios*); Modest. D. 39, 4, 6.

Unter diesen Umständen könnte etwa das Folgende dem Klassiker nahekommen:

Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit: ⟨sed⟩[1]) *liberabitur alter, si cum altero agatur. proinde ⟨et⟩ si ambo dolo fecerunt et alter ⟨iudicium accepit⟩, alter non convenietur exemplo duorum tutorum. ⟨?⟩*

Sicher klassisch ist der Hinweis auf das Tutorenrecht, der zugunsten der zivilen Konsumption ein neues selbständiges Indiz liefert.[2]) Klassisch ist aber auch die Herbeiziehung des beiderseitigen *dolus*; nur wird Ulpian mit ihr eine Steigerung bezweckt haben, die er durch *et* ausgedrückt haben mag. Denn daß die *litis contestatio* auch dann befreite, wenn *ambo dolo fecerunt*, verstand sich, wenn man auf den *dolus* den Ton legte, nicht ganz von selbst; und es könnte deshalb Ulpian hier Ähnliches erwogen haben, wie er es in der Folge bei D. eod. 7, 1[3]) angemerkt hat. Dann tat der nun besonders zutreffende Hinweis auf den Fall doloser Tutoren das übrige. Ob eine und welche echte Vorlage der Schlußsatz gehabt hat, ist nicht mehr auszumachen. Aber schon damit, daß die Worte *idcirco sit absolutus* in den byzantinischen Teil gehören, scheint wenigstens für eine verwandte Frage manches gewonnen zu sein. Denn dieses Emblem zeigt deutlich, auf welcher Seite die Kompilatoren in der Frage der Haftung des einen Schuldners für Verschulden des anderen gestanden haben. Sollte eine eingehende Darlegung hier nicht vielleicht den dogmatisch so einleuchtenden Satz[4]) rechtfertigen, daß die Klassiker, die von der befreienden Wirkung der *litis contestatio* ausgingen, die Haftung bejahten, die Kompilatoren dagegen, die nicht einmal das Urteil, sondern erst die *solutio* liberieren ließen, sie verneinten? An diesem Orte müssen wenige Andeutungen genügen.[5])

1) Vgl. Perozzi II 107; *et*: Eisele.

2) Binder 356, de Ruggiero 60 f., P. Krüger; s. u. S. 222.

3) S. dazu ob. S. 93 f.

4) Vgl. dazu namentlich Eisele 77, 437. 447 f.; 84, 295 ff.; im übrigen s. Mitteis, GrünhutsZ. 14, 465 ff., Hartmann, ArchZivPr. 73, 394 ff.

5) a) Den Ausgangspunkt für die Lösung mußte den Klassikern naturgemäß die Lehre von der *perpetuatio obligationis* bilden (vgl. auch Pernice, Labeo II 2, 143 N. 5), insbes. die Frage: *quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant?* (Paul. D. 45, 1, 91, 4). Wollte

man die Antwort *utique autem principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones an perpetuent, dubium est* pressen, so wäre damit auch die *perpetuatio* gegen den Gesamtschuldner dargetan. Aber freilich bezieht sie sich unmittelbar nur auf das Bürgschaftsrecht. Da nun im ganzen Zusammenhange gar nicht vom Bürgen, sondern von der *perpetuatio obligationis* ex professo gehandelt wird, so muß die Übergehung der Einwirkung auf das Gesamtschuldverhältnis Verwunderung erwecken; sie muß den Kompilatoren zur Last fallen, deren Mißbehagen die klassischen Ausführungen aber nach dem im Text Gesagten nur dann erregt haben könnten, wenn Paulus angenommen hätte, daß unter Gesamtschuldnern *alter obligationem alteri producit.* Das wird noch plausibler, wenn man bedenkt, daß Paulus hier dem Pomponius folgt, und zwar, da er selbst *ad Plautium* schreibt, sehr wahrscheinlich den *libri* des Pomponius *ex Plautio*; denn gerade aus diesen Büchern stammt die berühmte Äußerung des Pomponius (D. 45, 2, 18): *ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet.* Umgekehrt gewänne hierdurch diese formell untadelhafte und sich schon durch ihre Abweichung von der byzantinischen Meinung empfehlende Stelle beträchtlich an Gewicht. Daß Tribonian in fr. 91 § 4 cit. Ausführungen des Pomponius verdeckt hat, zeigt auch der als Deckmittel verwandte, in seiner Banalität unrichtige Fragesatz *quare . . . tollat?*, den schon Eisele, ZSSt. 18, 43 beanstandet hat. Bemerkenswert sind endlich die die *perpetuatio* begründenden echten (vgl. im übrigen Levy, Sponsio 17 N. 6) Worte *quia in totam causam spoponderunt*; sie treffen nicht nur für die akzessorischen, sondern auch für die prinzipalen Sponsoren zu. Außerdem drängen sie zu einem Vergleich mit dem *in totum*, das in Cels.-Ulp. D. 13, 6, 5, 15 (*sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere*) unmittelbar von den Gesamtschuldnern gebraucht wird. Steht dieser Satz (dazu u. S. 213 N. 3) in dem hierdurch nahegelegten Zusammenhang mit dem Gedanken der *perpetuatio obligationis*, so verstärkt das die (von Eisele 77, 437. 448; 84, 300 betonte, von Ferrini, Arch. giur. 53, 301 und Binder 265 N. 3 bestrittene) Auslegung im Sinne einer Haftung für die ganze *res*, d. h. einer Haftung über die von der eigenen Person ausgehenden Handlungen und Unterlassungen hinaus. Gerade dieser Haftung halber (*quare!*) setzt Ulpian das Verhältnis der Kommodatare dem typischen Konsumptionsverhältnis (*duo rei scil. promittendi*) gleich.

b) Das von Binder 272 f. aus Pap. D. 45, 2, 9, 1 i. f. entnommene, von H. Krüger, ZSSt. 22, 220 gebilligte Gegenargument geht fehl. Fällt die *culpa*, wie Binder annimmt, nur dem *socius non paciscens* zur Last, so nützt ihm das *pactum* allerdings nicht; denn wenn der Gläubiger ihn belangt, so wird er verurteilt und kann unbeschadet des *pactum* verurteilt werden, da ihm — anders als bei der *communis culpa* — ein Regreß gegen den *paciscens* nicht offensteht. Der letztere wäre in diesem Falle auch vom Gläubiger nicht zu belangen gewesen; aber doch nur deshalb nicht, weil er durch die *exc. pacti* geschützt war. — Gegenüber Mitteis' Bedenken (ZSSt. 33, 202 f.) vgl. die bei Levy, ZSSt. 37, 46 N. 4 Angeführten. Im übrigen s. ob. S. 205 N. 8.

b) Das Recht der Kommodatare[1]) erhellt aus Ulp. D. 13, 6, 5, 15:

c) Ganz für sich liefert einen selbständigen Beweis für den Standpunkt einerseits der Klassiker, andererseits Justinians Ulp. D. 13, 6, 7, 1 init. Der Klassiker setzt ohne weiteres voraus, daß der unschuldige *socius* für die Sachbeschädigung des schuldigen im *commodati iudicium* einzustehen hat. Die Kompilatoren schränken das ein mit den Worten: *si forte damnum dedit alter, quod hic qui convenitur commodati actione sarcire compellitur.* Daß diese Worte *emblema Triboniani* sind, steht fest: vgl. u. § 140.

d) Sehr sinnfällig wird die Antinomie zwischen klassischem und byzantinischem Standpunkt im Tutorenrecht: Levy, ZSSt. 37, 14 ff., bes. 21, 21 N. 4, 24 f.; s. auch u. S. 234 N. 7—9.

e) So richtet sich der Verdacht gegen die entgegenstehenden D. 22, 1, 32, 4 und D. 50, 17, 173, 2. Daß bei ihrer Kürze und Abruptheit sprachliche Argumente fehlen, kann nicht wundernehmen. Die letztere Stelle stammt aus denselben Büchern des Paulus ad Plautium wie D. 45, 1, 91, 4, kann also kaum eine andere Ansicht verfochten haben; ihre Kraft beruht einzig auf dem *sua.* Ohne dieses sagte sie das Gegenteil: *unicuique mora nocet* wäre ein allgemeiner Grundsatz, der, an die Spitze der in D. 45, 1, 88 (vgl. Lenel, Pal.) fortgeführten Erörterung gestellt, durch Beispiele belegt worden wäre. Erstes Beispiel: die *duo rei promittendi*; zweites: die *mora rei* in ihrem Einfluß auf den *fideiussor* (*quoque*!). — Marcian. D. 22, 1, 32, 4 fällt durch die Stellung in doppeltem Sinne auf. α. Wie Pomponius-Paulus in D. 45, 1, 91, 4. 5 die akzessorische und im Anschluß daran die adjektizische Haftung behandeln *quasi accessionem intellegens eum qui iubeat* (vgl. auch Levy, Sponsio 130 f., Seckel, Festschrift für Bekker S.-A. 41 N. 1), so beachtet Marcian in den §§ 3 und 5 den gleichen Zusammenhang: im § 3 *pater ... ex mora sua non tenetur*, im § 5 *fideiussor ... non tenetur*; im § 3 eine auf Honorarrecht verweisende (allerdings jetzt in itp. Zustande überlieferte: s. Lusignani, Consumazione process. 18 f., P. Krüger zdSt., Beseler III 48) Einschränkung jenes zivilen Satzes, im § 5 entsprechend *sed utilis actio* [*in hunc*] *dabitur*; endlich beide Gedankengänge durch ein deutliches *item* verbunden. Und all das wird durch den § 4 unterbrochen, der zudem das *item* inhaltslos macht. — β. Der § 4 führt die Stipulation in einen Zusammenhang (Verzugszinsen: § 2 eod.), in dem für sie überhaupt kein Raum ist (s. Pernice, Lab. II 2, 143 N. 5 a. E.). — An Interpolation denken schon Perozzi II 109 N. 4 und Rabel 475 N. 5.

f) Den vielfachen Versuchen, für die verschiedene Behandlung der *culpa* und der *mora* innere Gesichtspunkte aufzufinden, wird jetzt durch Gradenwitz, ZSSt. 34, 259 ff., 271 ff. die Grundlage entzogen.

1) Schwerlich auch das der Mieter. Ex professo spricht Ulpian ebenso wie Celsus im 6. Digestenbuch nur vom Kommodat. Das *vel locatum* hinkt auffällig nach, es wird hernach allerdings durch *vel locato* wieder aufgenommen, aber in dem unmittelbar dazugehörigen (u. S. 215 N. 5) D. eod. 7 pr. nicht mehr berücksichtigt. Es handelt sich wohl um eine aus Verallgemeinerungs-

Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et [,si] alter conventus [praestiterit,] liberabit alterum et ambobus competit furti actio.

Die *eadem causa* wird durch *simul* ausgedrückt[1]), das identische Ziel liegt in der übereinstimmenden *intentio* zutage, und so ist *eadem res* zu erwarten. Dieses Ergebnis wird von vornherein dadurch bestätigt, daß die ausführlich gestellte Frage die Alternative *in solidum an pro parte* aufweist.[2]) Alsdann folgt eine Erörterung, die nur der Beantwortung der Frage gilt und daher, weil das Ob der Konkurrenz betreffend, uns nicht zu beschäftigen hat[3]), wie sie

---

absichten vorgenommene Verfälschung, die sachlich nicht zu beanstanden wäre: vgl. u. zu c) und wegen der Custodiahaftung Seckel-Heumann, *custodia* S. 117 zu cc, Schulz, GrünhutsZ. 38, 28 ff., ZSSt. 32, 65 ff., KrVJSchr. 50, 42 ff. gegenüber Kübler, Festg. f. Gierke, S.-A. 21 N. 2.

1) Oder sie versteht sich, wie in D. 45, 2, 9 pr. und D. 16, 3, 1, 43 (s. ob.), von selbst. Dann könnte *simul* zugleich mit *vel locatum* (s. vor. Note) nachgefügt sein. Gegen die Bedeutsamkeit der *eadem causa* unzutreffend Sorrentino, Studi Scialoja 1 648. 2) S. ob. S. 178 f.

3) Nur einiges wenige sei angemerkt. Der ursprüngliche Gedankengang ging sehr wahrscheinlich von dem Gegensatz zwischen *dominium vel possessio* und *usus* aus. Nur weil es auf den *usus* ankam, war die ganze Frage diskutabel; hier mußte das Ergebnis ein verschiedenes sein, je nachdem das Argument *quia non omnia loca teneam* oder das andere *neque enim minus me uti, quod et alius uteretur* die Oberhand gewann. Weil er das letztere für ausschlaggebend hielt, gelangte Celsus zur Solidarhaftung. Die diese klare Linie störende Gegenüberstellung des Vehikulums und des Balineums usw. ist innerlich verfehlt und auf byzantinische Verkürzung zurückzuführen, die schon von Eisele 77, 437 N. 57 und Kübler, Festg. f. Gierke, S.-A. 21 N. 2 beobachtet worden ist und auch in dem Schema ... *duorum quidem in solidum dominium*

vel possessionem . . .; usum autem balinei quidem . . . in solidum esse . . .; verum in vehiculo . . . pro parte quidem me usum habere . . ., sed esse verius . . . zum Ausdruck kommt; zu *esse verius ait* s. auch u. § 165.

In jedem Falle strafen Celsus und Ulpian die von Binder 98 ff., 355 (s. aber auch Rabel 476 N. 2) verfochtene Ansicht, daß die Ganzhaftung gegenüber den *actiones commodati* und *depositi* auf Unteilbarkeit der Restitutionsverpflichtung beruhe, mit völliger Nichtachtung. Auch Papin. D. 45, 2, 9 pr. und Ulp. D. 16, 3, 1, 43 wissen nichts von ihr; denn *res* bedeutet selbstverständlich nicht: unteilbare Sache. Das erhellt zum Überfluß aus dem Anfang von Marcell. D. 16, 3. 22, auf das sich im übrigen Binder mit Unrecht beruft. Außer dem Satz *ac si ipsi servandam suscepissent,* der die Solidarhaftung voraussetzt und nicht erklärt, spricht Marcellus überhaupt nicht von mehreren Depositaren, sondern von mehreren Erben eines Depositars, d. h. von einem Falle, in dem gemäß dem für teilbare *obligationes* geltenden Grundsatz an sich Teilhaftung herrscht: vgl. D. eod. 7, 1 i. f.; eod. 9 init.; sicherlich auch D. 44, 2, 22 erster Satz. Nicht sowohl eine Einschränkung als vielmehr eine Nichtanwendbarkeit dieses Grundsatzes bedeutet es, wenn solche Erben, die sich selber als Depositare betätigen und das Vertragsverhältnis sozusagen usurpieren, genau wie originäre Depositare (*ac si ipsi servandam suscepissent*) d. h. prinzipiell *in solidum* haften (Paul. D. 16, 3, 9 i. f.; treffend de Ruggiero, Bull. 19, 60 N. 1), während die übrigen Erben dann folgerecht aus jeglicher Haftung ausscheiden (Jul. D. eod. 10; Lenel, Jul. Nr. 853; wenig glücklich zieht Riccobono, Bull. 8, 262 D. 42, 8, 9 heran). Daß hier überall vom Dolus die Rede ist, erklärt sich aus der formelmäßigen Haftungsbeschränkung und nicht etwa aus der Heranziehung von Deliktsregeln, die ja zur Kumulation geführt hätten (s. auch ob. S. 93 f., u. §§ 65 ff.). Mit alledem stimmt Marcellus (D. 16, 3, 22) überein. Ist die *res apud defunctum deposita* eine *species,* so ist an einem bloßen Teile von ihr ein Dolus nicht denkbar; die Depositarserben müssen also *in solidum quemque dolo fecisse* und demnach *in solidum* haften. *Decem milia* hingegen können ebensogut in irgendwelchen Teilen gesondert wie im ganzen gemeinsam bei zweien hinterlegt werden; entsprechend kann der *dolus heredum* auf einzelne Teile gesondert oder auf das Ganze gemeinsam gerichtet sein. Nur weil die beiden Erben die hinterlegten 10 000 geteilt hatten *et quina milia abstulerint* — dies ist der *quidam utique casus* —, haften sie bloß in Höhe dieser *quina* (das *et uterque solvendo est* ist angesichts der zivilen Teilhaftung ein mißglückter Versuch Tribonians, das *beneficium divisionis* der Gesamtschuldner anzubringen: vgl. auch Binder 100 f.). Hätten sie dagegen — und das spricht schlagend gegen Binder — nicht je *quina,* sondern zusammen *decem milia* beiseite gebracht, so wäre auch nach Marcellus ohne Zweifel Haftung eines jeden auf 10 000 eingetreten. — Genau entsprechend für die Erben des Kommodatars: Grundsatz in D. 13, 6, 3, 3 (zur Itpol. des Schlusses s. außer den bei Levy, ZSSt. 36, 65 N. 1 Genannten: Ferrini, Arch. giur. 53, 302; Sorrentino 661, de Ruggiero 60 N. 1); Fall des *factum* (= Betätigung, *usus*) *heredis* in D. eod. 17, 2.

denn auch naturgemäß Gesichtspunkte heranzieht, die für die Aufhellung der *eadem res* nichts ausgeben können. Von einer Ganzhaftungsabrede weiß sie nichts. Die Lösung des Celsus geht jedenfalls und unstreitig auf Ganzhaftung[1]), also auf Konkurrenz. Damit kann, wenn unsere Aufstellungen richtig sind, ein Zweifel an der befreienden Wirkung der *litis contestatio* nicht bestehen, und auch für Ulpian bestand kein Zweifel mehr: mit einem bündigen *quare* erklärt er die Entleiher für „gewissermaßen *duo rei*" (*scil. promittendi*)[2]), womit für den kundigen Leser schon alles gesagt war. Nur des leichteren Verständnisses halber fügt er, weil im Ediktskommentar befindlich, noch hinzu, welche grundsätzlichste[3]) praktische Bedeutung das hat. Und da soll er *si alter conventus praestiterit, liberabit alterum* geschrieben, also erst die Solution für befreiend erklärt haben? Die Interpolation ist zu offensichtlich und im einzelnen von Eisele[4]) zu treffend beleuchtet, um noch weiteres nötig zu machen.

Nur ein bisher nicht beachtetes Argument darf seiner Wichtigkeit halber nicht übergangen werden. Die Zwischenfügung des fr. 6 kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß sich bei Celsus sowohl wie bei Ulpian an die Erörterung des fr. 5 § 15 ganz unmittelbar angeschlossen hat, was jetzt als D. 13, 6, 7 pr. zu lesen steht[5]):

Unde quaeritur, si alter furti egerit, an ipse solus debeat commodati conveniri. et ait Celsus. si alter conveniatur, qui furti non egit, et

---

1) S. auch ob. S. 210 N. 5a. — Das entgegenstehende *pro cuiusque parte* in Afr. D. eod. 21, 1 ist (vgl. das *constat*!) — trotz Ascoli 32 f., Eisele 436 N. 56, Ferrini, Arch. giur. 53, 202, Perozzi II 107 — mit dem § 15 cit. nicht zu vereinigen und auch aus anderen Gründen unecht: Sorrentino 645 ff., bes. 659 f.; zweifelnd de Ruggiero, Bull. 19, 58. Vielleicht ist an ein Glossem zu denken.

2) Vgl. ob. S. 206 N. 2. — *Promittendi* blieb besser weg, wenn an das (ganze) *iudicium contrarium* gedacht war. 3) S. ob. S. 186 ff.

4) 77, 435 ff.; übereinstimmend Ascoli 27 ff., 30, 33 f. (falsche Gründe: s. ob. S. 209 N. 2), ferner Bull. 4, 290; Ferrini, Arch. giur. 53, 300 f., Pand. 558 N. 3; Binder 357 f., Sorrentino 645 N. 1, 661, Seckel, Haftung de peculio 18 N. 3, de Ruggiero, Bull. 19, 57 f. (der aber von *quare* ab alles streicht, s. jedoch auch 56 N. 1), P. Krüger zdSt., Rotondi, Arch. giur. 83, 291 N. 2, Rabel 476 N. 2. — Für die Echtheit noch Girard 748 N. 1 und Perozzi II 107, nach dem die Byzantiner umgekehrt die „solidare" Haftung in „korreale" verändert hätten!!

5) Vgl. auch Lenel, Cels. Nr. 60, Ulp. Nr. 807.

paratus sit periculo suo conveniri alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, debere eum audiri et absolvi.

Da die Passivlegitimation des A nicht dadurch berührt wird, daß von der Aktivlegitimation zur *actio furti* nicht A, sondern B Gebrauch gemacht hat, so erwächst aus der Belangung des A eine inelegantia juris, die den Klassikern um so fühlbarer werden mochte, als die Aktivlegitimation obligatorisch Berechtigter ja gerade unter stetem Hinblick auf die Haftung aus dem Vertrage ausgebaut worden war.[1]) Darum macht es Celsus dem Prätor zur Pflicht, dem der Milderung dieser Härte dienenden Antrag des *in ius* vozierten A Gehör zu geben d. h. dem renitenten Kläger die *actio* zu denegieren.[2]) Hätte nun wirklich, wie der Schluß des § 15 glauben machen will, erst die Erfüllung des B den A befreit, so wäre die Denegation unbedingt und ohne weiteres zu erteilen gewesen. Daß sie umgekehrt nur dann erfolgt, wenn A Indemnitätspromission[3]) geleistet und also für seine Kommodatsschuld Ersatz geboten hat[4]), ist der denkbar authentischste und stärkste Beweis dafür, daß die Streitbefestigung mit B ohne alle Rücksicht auf dessen Leistung die Kommodatsschuld des A zum Erlöschen bringt. — Der Zwiespalt zwischen den auf engstem Raume nebeneinander kompilierten Fragmenten blieb denn auch nicht lange verborgen. Schon die dem Stephanos vorliegende ἐρώτησις[5]) erwägt in voller Klarheit:

εἰ μονὴ καταβολή ἐστιν ἡ ἐλευθεροῦσα τὸν ἕτερον τῆς ἐνοχῆς τοῦ ἑτέρου ἐναγομένου, καὶ οὔτε προκάταρξις οὔτε καταδίκη κατὰ ἑτέρου αὐτῶν γινομένη τὸν ἕτερον ἐλευθεροῖ, ὡς ἔγνως ἀνωτέρω, περιττόν ἐστι, τὸν ἕνα τῶ[ν] χρησαμένων, βουλόμενον μὴ ἑαυτόν,

1) S. u. zweite Note zu § 42.

2) Die Verhandlung spielt sich sichtlich *in iure* ab: sonst wäre ja die Schuld des B schon konsumiert; vgl. auch das ähnliche *audire* in Ulp. D. 46, 1, 10 pr. (Levy, Sponsio 171 f.). Hätte der Magistrat das *iudicium* (ohne *exceptio*) erteilt, so hätte A kondemniert werden müssen. Also können die Worte *et absolvi* nicht klassisch sein; sie verdanken erst dem Kognitionsverfahren ihr Dasein. Bezeichnend notiert die Glosse zu *absolvi*: *scilicet ab observatione iudicii interim.*

3) Über diese Levy a. a. O. 149 N. 3.

4) In dieser der zivilen Konsumption entgegenwirkenden prätorischen Kumulation liegt ein interessantes Gegenstück zu unserer (ob. S. 121) prätorischen Konsumption.

5) Sch. τοῦτο zu Bas. 13, 1, 5 (Heimb. II 13) i. f.

ἀλλὰ καὶ τὸν φοῦρτι κινήσαντα κατὰ τοῦ κλέψαντος ἐναχθῆναι, λέγειν τῷ κυρίῳ τοῦ πράγματος, κινδύνῳ ἐμῷ κίνησον κατὰ τοῦ ἑτέρου, ὁπότε δύναται ὁ τοῦ πράγματος κύριος, καὶ κατὰ τοῦ ἑτέρου κινήσας καὶ μὴ δυνηθεὶς παρ' αὐτοῦ παθεῖν τὸ ἱκανόν, ἔχειν κατὰ τοῦ ἑτέρου τὴν κομμοδάτι. κτλ.

Eine Antwort auf dieses Bedenken zu finden, war nicht einfach. Den ersten Versuch verwarf Stephanos[1]) hernach selbst (τοῦτο δὲ οὐ καλῶς εἴρηκα), seinen zweiten werden wir heute nur als Ausflucht bewerten können.

c) Für Kauf und Miete fließt die Überlieferung spärlicher, doch läßt sie nicht ganz im Stich. Den Satz, daß *duo rei locationis in solidum esse possunt* (D. 19, 2, 13, 9)[2]), hat Ulpian schwerlich noch um seiner selbst willen geschrieben[3]); der genauere Zusammenhang ist nicht mehr feststellbar.[4]) Beim Kauf wird gefragt, ob *plures singuli partes ab uno emant* oder ob sie *in solidum emant* (Ulp. D. 21, 1, 31, 10).[5]) Auch hier ist das Ob der Konkurrenz nicht zu verfolgen.[6]) Liegt eine solche vor, so ist das Gesamtverhältnis ohne Zweifel gleichfalls dem der *rei promittendi* nachgebildet gewesen. Nur so versteht es sich, daß im fr. 31 § 10 cit. dem *si in solidum emant* ein *si quasi plures rei*[7]) *fuerunt venditores* genau entspricht. Diese Worte liefern zugleich ein neues Indiz gegen die Echtheit der Entscheidung, die Marcellus für den Fall, daß *apparebit emptorem conductoremve*[8]) *pluribus vendentem vel locantem singulorum in solidum intuitum*[9]) *personam* in D. 19, 2, 47 gegeben haben soll. Unmöglich kann er derartigen *quasi plures rei* allgemein ein Recht auf Teilhaftung[10]) und Zession[11]) zuerkannt haben. Daß der Kompilator

1) Sch. Στεφάνου zu Bas. 13, 1, 7 (Heimb. II 14).

2) Vgl. Perozzi II 107. 3) Vgl. ob. S. 206 N. 4.

4) Lenel, Ulp. Nr. 948 bemerkt nichts Besonderes. Vorher und nachher werden ganz andere Fragen erörtert.

5) Vgl. auch die *societas* „*inter eos, qui pariter eandem rem emerunt*" (D. 10, 3, 2 pr.; dazu Berger, Teilungsklagen 27 f.). Dies vorläufig gegen Binder 59 N. 32a. 6) S. dazu etwa u. S. 219 N. 7.

7) Vgl. ob. S. 206 N. 2, S. 215 N. 2. Ulpian denkt in seinem Zusammenhang mehr an die *rei stipulandi*.

8) Die verschiedenen Versuche, diese unhaltbaren Akkusative zu beseitigen (Mommsen, Lenel, Huber, Scialoja), s. in Krügers und der Mailänder Digestenausgabe zdSt. 9) Hierzu ob. S. 208 N. 2.

10) S. dazu Levy, ZSSt. 37, 26 N. 2. 11) Vgl. u. S. 238.

sich auch durch äußere Symptome[1]) **verrät, nimmt nicht wunder.**[2])

§ 23. 7. Gesamthaftende Gesellschafter.

Aus Gründen der Sicherung des Kredites im Handelsgewerbe hat das objektive Recht in einigen Fällen die Vertragshaftung auf solche Gesellschafter ausgedehnt, die an dem Vertrage gar nicht oder nur zu einer Quote beteiligt waren. Ins zivile Gewohnheitsrecht führt der Satz, daß *id quod argentario tuleris expensum*[3]) *a socio eius recte petere possis*[4]), wogegen die Sklavenhändlersozietäten von dem Edikt der Ädilen betroffen werden, nach dem den ädilizischen Kaufklagen gegenüber jeder Gesellschafter, *cuius maior pars aut nulla parte minor esset*[5]), dieser Quote ungeachtet auf das Ganze belangbar ist. Beide Bestimmungen rufen auf ihrem berufsrechtlichen Sondergebiet zwischen den Sozien eine Konkurrenz hervor. Über deren Lösung sagen sie nichts und brauchten sie nichts zu sagen. Denn *eadem res* liegt auf der Hand. *Causa* der in Frage kommenden Aktionen ist der Vertrag (*expensilatio*, Kauf), den zu einem Teile oder überhaupt nur der eine *socius* abgeschlossen hat. Daß aus diesem Vertrage auch der andere (voll) haftet, berührt nicht den Klaggrund, sondern nur die Passivlegitimation, also ein für die *eadem res* unerhebliches Moment.[6]) Die *actio* gegen den Unbeteiligten *adicitur* ganz ähnlich wie die gegen den Vater aus

1) So die sachliche Unvereinbarkeit beider Rechte; den Singular *partis*; *fortasse*; das grundlose *iustius sit* (dazu etwa Just. C. 7, 72, 10 pr. i. f. und u. § 165).

2) Für die Interpolation auch die herrschende Meinung: Faber, Ration. adhl., Eisele 77, 457 N. 75, Binder 285 N. 19, Bortolucci, Bull. 17. 314 ff., Levy, Sponsio 126 N. 2, P. Krüger zdSt., Riccobono, Mél. Fitting II 481 f., Beseler III 86, 186. — Gegen sie Girard 743 N. 4, Schulz, ZSSt. 27, 101. 147 und namentlich Perozzi II 104 N. 2, 107, 108, dem (vgl. ob. S. 199 N. 3) das fr. 47 die Hauptstütze bietet.

3) Die Anwendbarkeit auf andere Verträge wird durch D. 2, 14, 25 pr. (s. u.) und den für das Aktivverhältnis in D. eod. 27 pr. überlieferten Satz wahrscheinlich gemacht und allgemein angenommen: s. etwa Windscheid, Pand. § 297 N. 8, Pernice, ZSSt. 3, 91 f., Binder 186, 409 f., 443, Perozzi II 116. 4) Auct. ad Herenn. II 13, 19.

5) D. 21, 1, 44, 1; dazu Lenel, Ed. 538.

6) S. ob. S. 95 und etwa noch ob. S. 167 f., u. S. 238 f., 267, §§ 30 zu a, 31.

dem *negotium* des Sohnes. Deshalb muß auch das Ziel stets dasselbe sein.[1])

Die Konkurrenz zwischen den *argentarii socii* wird denn auch allgemein als „Korrealität"[2]), besser als „Quasikorrealität"[3]) aufgefaßt. Gerade weil die Klassiker, um die ihnen fehlenden *rei debendi* zu ersetzen, mit der uneigentlichen Verwendung von *rei promittendi* vorliebnahmen[4]), mußten sie ein auf positiver Norm beruhendes Gesamtschuldverhältnis begrifflich absondern. Einen sprechenden Beleg hierfür und zugleich ein Wahrscheinlichkeitsindiz für das zivile Konsumptionsverhältnis bietet Paulus, der in D. 2, 14, 23 die Gesamtwirkung des vom Hauptschuldner abgeschlossenen *pactum de non petendo* zugunsten der Nebenschuldner bejaht und dann[5]) in fr. 25 pr. fortfährt: *Idem in duobus reis promittendi et duobus argentariis sociis.*[6])

Für die Prozeßkonsumption zwischen den gegen die *venaliciarii* gerichteten *actiones redhibitoriae* (oder *quanti minoris*) enthalten die Quellen nichts Bemerkenswertes. Sie ergibt sich zum Überfluß aber auch daraus, daß außerhalb des vom Edikt geregelten Sonderfalls derselbe Kaufvertrag allenthalben Anteilshaftung zur Folge hat: für alle, die nicht Sklavenhändler sind; für alle Sklavenhändler, *quorum pars ulla parte minor est*; ja selbst für die dem Edikt unterfallenden Sklavenhändler, soweit sie nicht *aediliciis actionibus*, sondern *ex empto* belangt werden.[7]) Da hier wie dort die *eadem-res*-Analyse notwendig die gleichen Ergebnisse liefert, die Anteilshaftung aber schon an sich für *eadem res* beweist[8]), so ist auch im Ediktsfalle die *eadem res* erneut dargetan.

---

1) Zu den ädilizischen Aktionen ob. S. 134 ff.

2) S. die ob. S. 218 N. 3 Genannten; Karlowa II 725 f. tritt für „bloße Solidarität" ein. 3) Mitteis I 265 N. 23. 4) S. ob. S. 205 N. 10, 206 N. 1.

5) Zu dem Zusammenhang und sonst Binder 185 f.

6) Entsprechendes für die Aktivseite in Paul. D. eod. 27 pr. i. f.: *idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.*

7) Das letztere bestätigt noch ausdrücklich Ulp. D. 21, 1, 44, 1: *quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt.* Wie das Edikt, so setzt dieser Satz (und ebenso unser Text) selbstverständlich einen Fall voraus, in dem *partes emptae sint a singulis* (D. eod. 31, 10). Anderenfalls, wenn *quasi plures rei fuerunt venditores* (vgl. ob. S. 217), war Solidarhaftung ja *ius commune.* Unzutreffend Binder 59 N. 32a. Näheres gehört nicht hierher. 8) S. ob. S. 178 f.

§ 24. 8. Actio tutelae.

Die Vorfrage, wann mehrere Tutoren überhaupt konkurrieren, habe ich anderwärts[1]) zu beantworten gesucht. Danach scheiden, weil sie gar nicht haften, die gestionsbefreiten Tutoren von vornherein aus, sowohl die sog. *tutores honorarii*[2]) wie die auf Grund des Edikts *de administratione tutorum* von der Verwaltung ausgeschlossenen Vormünder.[3]) Zwei weitere Gruppen haften zwar, aber konkurrieren nicht: a) Nur *pro sua administratione* sind die Tutoren verantwortlich, die nach testamentarischer oder obrigkeitlicher Anordnung auf einen bestimmten Verwaltungsbezirk beschränkt sind[4]); b) *Tutor gerens* und *tutor cessans* haben ein jeder auf das Ganze einzustehen, aber gegen den letzteren erst *post ceteros qui gesserunt actionem utilem tutelae dari placuit* (Pap. D. 26, 7, 39, 11)[5]): auch die Subsidiarität[6]) bildet einen Gegensatz zum *eligere posse*[7]) und entzieht daher den Konkurrenzregeln den Boden. — Somit bleiben nur zwei Mehrheitsverhältnisse übrig: 1. die (sämtlich auf das Ganze[8]) und primär haftenden) Gerenten[9]), 2. die (sämtlich auf das Ganze und sekundär haftenden) Zessanten.[10])

Die *causa* der gegen den *gerens* gerichteten ediktalen *actio tutelae* liegt in dem *tutelam gerere*[11]) d. h. in der auf irgendeine Weise dokumentierten Führung der Vormundschaft als solchen.[12]) Die daraus abfließende *obligatio* geht auf *universa negotia curare debere*[13]), und entsprechend zielt die *actio* auf alles ab, *quidquid ob eam rem Num Num Ao Ao dare facere oportet ex fide bona.*[14]) Da in dieser Analyse für das einzelne *negotium pupilli* kein Raum ist, so ist es unerheblich, ob die mehreren *tutores eandem tutelam gerentes* an denselben Einzelgeschäften beteiligt waren: ohne Rücksicht darauf stehen sie in *eadem res.*[15]) Zweifelhaft kann nur sein, ob eine *tutela*

---

1) Die Haftung mehrerer Tutoren: ZSSt. 37, 14—88.

2) A. a. O. 71 ff. 3) A. a. O. 73 ff. 4) A. a. O. 75 ff. 5) A. a. O. 59 ff.

6) Die *actio utilis* ist gleich ihrem Vorbild, der *actio subsidiaria* (a. a. O. 22 f.), doch wohl im technischen Sinne subsidiär (s. ob. S. 22 N. 5); Rechtsquelle (vgl. ob. S. 20 N. 3) ist das Reskript Marc Aurels (Vat. fr. 154, 155; D. 26, 7, 1, 1). 7) Vgl. ob. S. 42 N. 7.

8) Über das justinianische *benef. divisionis*: a. a. O. 26 N. 2.

9) A. a. O. 28 ff. 10) A. a. O. 69 ff. 11) Ob. S. 88, 109 ff., 143.

12) A. a. O. 18 ff. 13) Jul. D. 27, 8, 5 (a. a. O. 32 f.).

14) Vgl. ob. S. 88 ff.

15) A. a. O. 21. — Ebenso Eisele 77, 451 ff. (s. aber auch u. S. 222 N. 11),

lediglich durch die Person des Mündels oder ferner noch durch den Delationsgrund der Tutel identifiziert wird. Bedenkt man, wie sehr man seit alters gewöhnt war, das ganze Verhältnis vom Standpunkt des Tutors aus (als eine *vis ac potestas*) zu beurteilen[1]), und wie die in ihrem Charakter so stark differenzierten[2]) drei Delationsgründe wichtige praktische Verschiedenheiten dauernd zur Folge hatten[3]), so wird man geneigt sein, die *eadem tutela* und damit die *eadem res* auf den — freilich die Regel bildenden — Fall einer Gleichheit der Delationsgründe zu beschränken. Das um so mehr, als ein schwieriges Fragment (Paul. D. 26, 7, 46, 6) auf Grund dieser Unterscheidung der Deutung nähergeführt werden kann.[4])

Es wäre kein Wunder, wenn sich die zwischen den Gerenten Platz greifende zivile Konsumption aus den kompilierten Quellen heraus unmittelbar nicht beweisen ließe. Im Lager Justinians stritten gegen die befreiende Wirkung der Streitbefestigung hier nicht bloß die allgemeinen Gründe, sondern außerdem die veränderte Anschauung, die in jedem *negotium pupilli* einen besonderen Klaggrund sah.[5]) So sicher von diesem Standpunkt aus es zutrifft, daß *ex duobus tutoribus si cum altero actum fuerit, alter non liberabitur* (Jul. D. 26, 7, 18, 1), so wenig erhärten diese aus dem Zusammenhang gerissenen Worte die Meinung des Klassikers. Deshalb ist es keinesfalls „Willkür"[6]), wenn Binder[7]) das *non* zu streichen vorschlägt. Ebensowenig aber ist die Vermutung zu widerlegen, daß Julian von der *actio rationibus distrahendis* gesprochen[8]) und erst der

de Ruggiero, Bull. 19, 60 f., Partsch, Neg. gest. I 45 N. 3, Solazzi, Riv. 54, 52 N. 1. 68 und im Resultat Binder 183, 333 ff., aber auf Grund anfechtbarer Deduktion (Näheres a. a. O. passim; vgl. dort 18 N. 4, 26 N. 7). (Gegen zivile Konsumption wegen angeblicher Verschiedenheit der Klagziele (hiergegen Eisele 453 N. 72, 445): Ascoli 18 ff., Bull. 4, 299 ff.; s. auch Rabel, RPR. 476. An der byzantinischen „Solidarität" halten fest: H. Krüger, ZSSt. 22. 222 ff., Girard 748 N. 1, Perozzi II 108 Note. Unentschieden Ferrini, Pand. 558 N. 3, Redenti, Arch. giur. 79, 68 f.

1) Vgl. etwa Wlassak, Neg. gest. 104, Mitteis I 76.

2) Rabel 423 f.

3) S. etwa Justinians Beispiele in C. 5, 59, 5 pr. i. f.; vgl. auch Levy a. a. O. 55 N. 1. 4) Dazu a. a. O. 54 f. 5) A. a. O. 24 ff.

6) So H. Krüger, ZSSt. 22. 221.

7) 349; vgl. auch de Ruggiero, Bull. 19, 61 N. 1.

8) Vgl. u. § 128.

Kompilator diese Beziehung verwischt habe.[1]) Und auch das läßt sich nicht völlig von der Hand weisen, daß der ursprüngliche Tatbestand von der Teilung der Gestionsbezirke ausgegangen sei.[2])

Merkwürdig ist nicht dieses Bekenntnis der Byzantiner, sondern die Tatsache, daß ihm zum Trotz einige versteckte, aber nicht weniger deutliche Belege für die zivile Konsumption erhalten geblieben sind. Zunächst ist die Anteilshaftung, wie sie im Falle der *tutela divisa* statthat[3]), anders als auf der Grundlage der *eadem res* gar nicht denkbar.[4]) Alsdann beleuchtet Ulpian in dem von den Fälschungen befreiten D. 16, 3, 1, 43 das Konsumptionsverhältnis der Depositare gerade mit dem *exemplo duorum tutorum.*[5]) Weiter setzt Paulus (D. 26, 7, 45)[6]) es als selbstverständlich voraus, daß gerierende Tutoren wie *duo rei eiusdem debiti* zu beurteilen seien. Und ganz übereinstimmend entscheidet Papinian (D. eod. 38 pr.)[7]), daß mehrere Zessanten die *periculi societas* „*ut eiusdem pecuniae debitores*“ zu übernehmen haben, offenbar weil die *causa* der *actio tutelae utilis*, das *tutelam non gerere*[8]), hier in der Person der Zessanten genau so identisch hervortrete wie das positive *tutelam gerere* bei mehreren Gerenten.[9])

Gegen die Konsumptionswirkung der Streitbefestigung führt man freilich seit langem[10]) zwei weitere Erscheinungen ins Treffen: die sog. *beneficia excussionis* und *cedendarum actionum.* Indessen[11]) hat sich die Subsidiarhaftung eines Tutors ausschließlich in solchen Stellen als klassisch erwiesen[12]), die das Verhältnis zwischen *gerens* und *cessans* besprechen, also in einem Gebiet, das wegen der Gegensätzlichkeit der *causae actionum* außerhalb des *eadem-res*-Bereichs liegt.[13]) Über das Regreßrecht wird nunmehr näher zu reden sein.

---

1) Indem er ähnlich unmittelbar zu der Strafklage übergegangen wäre wie bei der Wiedergabe von Ulp. D. 27, 3, 1 §§ 1—18; 19—24.

2) Vgl. Eisele 451, dessen anderes Beispiel falsch ist.

3) S. ob. S. 220 N. 4. 4) S. ob. S. 178.

5) Vgl. ob. S. 208 ff., bes. 210 N. 2. 6) Exegese: Levy a. a. O. 45 ff.

7) Exegese: a. a. O. 69 ff. 8) A. a. O. 17 N. 9.

9) Über die Gesamtwirkung des Verschuldens: a. a. O. 21 N. 4 und sonst.

10) Namentlich Ribbentrop, Korrealobligationen 46 ff., Ascoli 19 ff., Bull. 4, 301 f., H. Krüger, ZSSt. 22, 223 f.

11) Sehr schwach der Widerlegungsversuch Eiseles 457.

12) Im übrigen ist sie justinianisch: vgl. Levy a. a. O. 25 N. 2.

13) A. a. O. 23 bei N. 4.

Die neben der selbständigen Regreßklage begegnende Klagabtretung, die der Mündel zugunsten des in Anspruch genommenen Tutors bewirkt, darf nicht abgesondert für sich betrachtet werden. Sie ist, wie die Quellen deutlich ersehen lassen, nur ein Ausdruck der in spätklassischer Zeit für *eadem-res*-Mehrheiten vielfach herrschenden Übung. Von den beiden Konsumptionstatbeständen der Belangung und der Befriedigung hat in der Kompilation naturgemäß bloß der letztere klare Spuren seiner Behandlung hinterlassen. Hier ist man bekanntlich allenthalben der Konsumption durch die weniger einwandfreie[1]) als praktisch durchschlagende Fiktion ausgewichen, daß *pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit perempta videatur.*[2]) Wurde — soweit die Zession in Betracht kam — es so angesehen, wie wenn die Zahlung des A nicht einmal die gegen ihn selbst gerichtete *actio* berührte, so war an dem Weiterbestand der (zedierten) *actio* gegen den B nicht mehr zu zweifeln.

Nicht so einfach ließen sich die Schwierigkeiten überwinden, die von der Streitbefestigung als Konsumptionsfaktor drohten. Auch sie als Kaufgeschäft zu fingieren, war unmöglich und ist sicherlich niemals versucht worden. Zerstörte sie also die Aktionen gegen die mit dem Beklagten *de eadem re* Verpflichteten, so fand eine spätere Zession, mochte sie im Laufe des Prozesses oder Zug um Zug gegen die schließliche Zahlung[3]) beabsichtigt sein, keinen Gegenstand mehr vor. Aber auch eine vorher vollzogene Abtretung, in der man — unter Verdächtigung vieler Zeugnisse — heute überwiegend den Ausweg sieht[4]), fruchtete nichts, weil die Konsumption die *actio* in der Hand des Zessionars nicht minder erfaßte.[5]) Das beweisen

---

1) Darüber etwa Hartmann, Oblig. 48 ff., Binder 148. Levy, Sponsio 189 f. (m. Liter.), 198 f., Eisele, ZSSt. 30, 103 N. 1.

2) Modest. D. 46, 3, 76 und ebenfalls für die Tutorenmehrheit Pap. D. 27, 3, 21; für das Bürgenrecht Paul. D. 46, 1, 36 (vgl. auch Jul. D. eod. 17), zum Pekuliarrecht Ulp. D. 15, 1, 30, 3 (s. u. S. 249 N. 7); analoge Verwendung bei Pap. D. 50, 15, 5 pr. (dazu u. S. 232 N. 2).

3) Im letzteren Fall half auch die Kaufidee nichts, weil es an einem Kaufobjekt fehlte.

4) So Binder 350, Levy, Sponsio 171, Wenger, ZSSt. 28, 495 und die u. S. 230 N. 3, S. 232 N. 4 Angeführten.

5) Treffend insoweit H. Krüger, ZSSt. 22, 223 f. und Kübler, Berl. phil. Wochenschr. 28, 531 f.

schon Papin. D. 27, 3, 21 und Modest. D. 46, 3, 76[1]), die die Kauffiktion auch dann für nötig halten, wenn die Abtretung der Zahlung voraufgegangen ist. Innere Gründe bestätigen es. Denn nicht nur die *actio mandata*, deren *intentio* unmittelbar die inzwischen konsumierte *obligatio* enthält[2]), sondern auch die *actio utilis*, die der Zessionar (*Aus Aus*) *suo nomine intendit*[3]), leitet dessen Forderung von der des Zedenten (*L. Titius*) in einer Weise her, die das Fortbestehen der letzteren unbedingt voraussetzt.[4]) Das gilt, gleichviel ob man sich die doch wohl nicht zu umgehende Fiktion mit *si Aus Aus L. Titii heres esset*[5]) oder mit *si L. Titius Num Num Ao Ao delegavisset*[6]) formuliert denkt.[7]) Wollte man aber etwa in die zweite Fiktion Worte wie *ante litem cum Ao Ao contestatam* einfügen, so wäre nicht nur positiv die Delegation, sondern zugleich eine durch sie bewirkte[8]) Konsumption der *actio* des T gegen den A fingiert und damit der Streitbefestigung des Vorprozesses (T gegen A) überhaupt jeder Effekt im Wege der Fiktion genommen. Es wäre also eine Wirkung erzielt, die über die der *actio utilis* an sich zukommende Normalfunktion weit hinausgriffe.

Diesem negativen Ergebnis gegenüber steht die sichere Tatsache, daß das klassische Recht innerhalb des *eadem-res*-Gebietes Zessionen, die (zu irgendeinem Zeitpunkt[9])) zugunsten des belangten Gesamtschuldners erfolgten, gekannt und zugelassen hat.[10])

---

1) Entsprechend Pap. D. 50, 15, 5 pr. (ob. S. 223 N. 2). 2) Gai. IV 86.

3) Über die Zeit ihres Aufkommens Levy, Sponsio 166 f.; zustimmend Partsch, Alien. jud. mut. ca. facta 8 N. 2; anders Ferrini, Pand. 599, Eisele, ZSSt. 27, 62 N. 1.

4) Dies habe ich in Sponsio 165, 171 verkannt.

5) So Ferrini, Pand. 598 f., Perozzi, Ist. II 147 N. 3.

6) So Eisele, Actio utilis des Zessionars (1887) 24 ff., bes. 40, ZSSt. 27, 46 ff. (wo jedoch S. 46 versehentliche Formulierung).

7) Zweifelnd Sohm, Inst. (14. Aufl.) 583 N. 3, von Mayr, Röm. RG. IV 123. 8) Binder 215 ff., 222 ff., H. Krüger 220.

9) Näheres u. S. 231 ff.

10) In sehr weitem Umfang bekennt sich die Pandektendoktrin (Lit. in Sponsio 206 N. 1) und noch unter den heutigen Historikern die durchaus herrschende Meinung zu einem sog. *beneficium cedendarum actionum*: s. etwa Girard (5. Aufl.) 746, Perozzi II 104, Rabel 476, Schulz, Einführung i. d. Stud. d. Dig. 97. Aber auch wenn diese Annahme stark einzuschränken ist (s. u. S. 237 f.), so erbringen doch die u. S. 226 f., 226 N. 2, 227 N. 5 angeführten Stellen für die im Text berührte Tatsache den zwingenden Beweis,

Also muß es auch einen Weg gegeben haben. Stellten ihm die Konsumptionsregeln unüberwindliche Hindernisse entgegen, so blieb nichts übrig, als ihre Geltung gewaltsam d. h. im Wege der *in integrum restitutio* zu beseitigen.[1]) Das hätte bei der Minderjährigkeit des gewesenen Mündels im Tutorenrecht von vornherein keine Bedenken; aber es wird darüber hinaus allgemeine Übung gewesen sein. Daß unmittelbare Belege dafür fehlen, kann nicht wundernehmen, seitdem es feststeht, daß die Byzantiner derartige Hinweise auf eine für sie überflüssige *rescissio iudicii* auch sonst getilgt haben.[2]) Aber ganz ohne Anhalt sind wir vielleicht doch nicht. Während allenthalben sonst im Konkurrenzrecht die Zession *apud iudicem* vor sich geht, der sie kraft seines Offiziums erzwingt[3]), scheint sie in den *eadem-res*-Fällen, wofern überhaupt das Gericht angerufen war und die (echte) Überlieferung Näheres ersehen läßt[4]), *in iure*[5]) bewirkt worden zu sein[6]).

1) Sehr richtig Kübler (ob. S. 223 N. 5); eine schwache Andeutung bei Binder 350 („unter Ignorierung ihrer Konsumption"). Ribbentrop, Korrealobl. 47 ff. zieht die Restitution in Erwägung, um sie abzulehnen.

2) Vgl. Ulp. fr. Arg. 1 (Seckel - Kübler I 497) gegenüber D. 15, 1, 32 pr.

3) S. u. §§ 129 ff.

4) Interpoliert sind zwei Sätze, die hier im Wege der *exc. doli* den Geschworenen zum Zessionszwang veranlassen wollen: a) Pap. D. 21, 2, 65: *nec remedio — proponerentur* (ebenso Beseler II 121 f., III 186, zweifelnd Schulz, Einführung 96 f., anders noch Binder 283 N. 14 und Eisele, ZSSt. 30. 129 f.; Berger, Teilungsklagen 126 äußert sich nicht). Bemerkenswert sind neben dem oft unechten *remedium* und der falschen Stellung des Satzes der rätselhafte Plural *actiones* und die die prozessuale Eigenart der *exceptio* verwischende Wendung: *per doli exceptionem actiones . . . praesta(re)ntur* (vgl. auch u. S. 421 N. 4). Sachlich sucht der allen *duo rei* grundsätzlich das Zessionsrecht gewährende Satz seinesgleichen, und in proposito ist er — trotz Schulz — gedanklich verfehlt. Wären die beiden Erben *duo rei promittendi* gewesen, so hätte der *in solidum* Belangte mit der ihm zedierten *actio* doch bestenfalls die Hälfte des *solidum* erlangen können, also nicht besser dagestanden, als wenn jeder von vornherein die Hälfte versprach. Die Erstattung des Ganzen lag, wenn sie schon mit der Erbteilungsklage nicht durchzusetzen war (Schulz 95 f.), erst recht außer dem Bereich der Stipulationsklage. — b) Ulp. D. 10, 2, 18, 5: *cum paratus — actiones.* Während Berger 159 f., 231 N. 1 trotz einiger Bedenken die „Echtheit unanfechtbar" nennt, hat Beseler III 181 f. gute Gründe für das Gegenteil beigebracht. Übrigens scheint *per doli exceptionem consequi* wie die ähnliche *praestare*-Wendung (ob. zu a), wie *debere per exc.* (D. 13, 5, 3, 1: Eisele, ZSSt. 18, 39,

Pap. D. 46, 6, 12[1]):

... *in unum* (scil. Bürgen) *dandam actionem ita, ut ei, qui conveniretur, actiones praestarentur.*[2])

Modest. D. 46, 1, 41, 1:

Idem respondit, si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum iudicati conveniri coeperit, posse eum desiderare, ut adversus eos, qui idem mandaverunt, actiones sibi mandentur.[3])

C. 5, 58, 2 (a. 212):

Si non ex propria culpa solus pupillae condemnatus es, [sed absens et indefensus adquievisti,][4]) *cum ex causa iudicati satisfacere coeperis, actionem adversus contutores tuos mandari tibi a pupilla desiderabis vel utili actione uteris.*

Vgl. auch Pap. D. 27, 3, 21:

Cum pupillus tutelae actione contra tutorem alterum tutori, quem

---

Wlassak, Urspr. d. r. Einrede 47) oder *per exc. doli mali temperari* (D. 35, 2, 88, 1: Pernice II 1, 292 N. 3, de Medio nach P. Krüger zdSt., Beseler II 19) durchweg oder doch meist unecht zu sein (anders Schulz, ZSSt. 27, 147): vgl. Pap. D. 27, 3, 20, 1 (u. § 134), Ulp. D. 30, 57 i. f. (Ferrini, Legati 285 ff., P. Krüger zdSt., Fehr, Röm. Pfandrecht 65 ff., Beseler III 188), Ulp. D. 24, 1, 32, 5 i. f. (Beseler III 186 f.; dazu: indirekte Rede; *consecutio temp.*). Weitere Anstände: Im Kommentar zur *actio fam. ercisc.* wird Ulpian wahrscheinlich zunächst zu dieser Stellung genommen haben; auf das *paratum esse* kommt es bei einem Ganzschuldner nicht an; die klassische Entscheidung mit der Denkform des *redimere* und dem mehr auf magistratisches Ermessen weisenden *audiri* bringt Ulpian in D. 15, 1, 30, 3; vgl. auch u. S. 249 N. 7.

5) Und zwar des Judikatsprozesses: u. S. 230 ff., bes. 231 N. 5.

6) Dieser Gegensatz wird von H. Krüger 224 übersehen, von Schulz, ZSSt. 27, 146 f. unerklärt gelassen (wegen D. 17, 1, 54, 1 s. u. § 129).

1) Über das fr. 12 im übrigen Levy, ZSSt. 37, 78 ff.

2) Ähnlich Ulp. D. 15, 1, 30, 3; undeutlicher Pap. D. 26, 7, 38, 2 (u. S. 236 f.) und C. 8, 40, 2 (a. 207). Wegen Pap. D. 50, 15, 5 pr. s. u. S. 232 N. 1, 2.

3) Damit wird die in Sponsio 209 ff. versuchte Deutung des fr. 41 aufgegeben. Daß hier die Mandatoren getrennt mandiert hätten und deshalb nicht *de eadem re* hafteten, ist von vornherein unwahrscheinlich. Auch bleibt dabei unerklärt, warum die Zession nicht schon im Erkenntnisverfahren *apud iudicem* vonstatten geht. — Das *in solidum condemnari* setzt voraus, daß nur ein Mandator belangt war (Ggs.: D. 17, 1, 59, 3) und dieser aus irgendeinem Grunde (etwa wegen fehlender Solvenz der anderen) das *benef. divisionis* nicht hatte.

4) Vgl. Partsch, Neg. gest. I 43 N. 2, Solazzi, Riv. 54, 67.

iudex in solidum[1]) *condemnavit, cessit, quamvis postea iudicatum fiat, tamen actio data non intercidit, quia [pro parte condemnati tutoris]*[2]) *non tutela reddita*[3]), *sed nominis pretium solutum videtur.*

Pap. D. 26, 7, 42:

Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem iudex condemnavit.[4]) *in rem suam iudicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur: non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem.*[5])

---

1) Gegensätze sind namentlich: Belangung eines partiell befreiten Tutors (Levy, ZSSt. 37. 75 ff.), gemeinsame Belangung mehrerer Tutoren: ob. S. 198 Note.

2) Diesen Worten ist mit der Ersetzung durch *pro parte contutoris* (so Mommsen; vgl. auch gl. *pro parte* zdSt.) nicht aufzuhelfen. Wie unzählige Stellen lehren (s. namentlich etwa Mod. D. 46, 3, 76; Paul. D. 46, 1, 36), wird stets die ganze Forderung an den Drittbeteiligten abgetreten (und die ganze Kondemnationssumme als Kaufpreis betrachtet). Inwieweit dann der Regreßbeklagte verurteilt wird, steht ausschließlich beim *officium iudicis* des Nachprozesses. In diesem Stadium erst läßt sich, wie erforderlich (s. u. S. 234 ff.), auseinanderhalten, was von dem einen, was von dem anderen und was *communiter gestum* war. Das mißglückte Emblem ist anscheinend ein Ausfluß des byzantinischen *benef. divisionis* und hat ein Seitenstück in D. 26, 7, 38, 2 (u. S. 237 N. 2). Klassisch ist die Ausdrucksweise in Pap. D. 50, 15, 5 pr., aber insoweit auch in Ulp. D. 15, 1, 30, 3, wo der Miterbe ja überhaupt nur *pro parte* haftet.

3) Trotz Solazzi, Min. età 99 N. 3 nicht zu beanstanden; vgl. Ulp. D. 5, 1, 2, 3 und Seckel, *reddere* 3; s. auch Lenel, ZSSt. 35, 141 N. 2 und u. § 133.

4) Sollte dieser Satz, der den gedrungeneren Relativsatz des fr. 21 cit. fast wörtlich ausschreibt, nicht erst bei und zum Zweck der Auseinanderreißung des einheitlichen Fragments (Pap. lib. 1 definitionum) D. 27, 3, 21 + D. 26, 7, 42 verfaßt sein? Auch sachlich befriedigt diese Reihenfolge mehr als die Lenels, Pap. Nr. 38, 39; zur Anknüpfung hätte es nur eines *ita* (*in rem suam iudicatus* . . .) bedurft. Eingeleitet wäre das Ganze mit demselben *cum* = *quotiens*, das Papinian bei der Formulierung der Definitionen anscheinend mit Vorliebe verwandt hat: Lenel, Pap. Nr. 30, 32, 47, 54, 57.

5) Über Ulp. D. 27, 3, 1, 13 und D. eod 1, 18 u. S. 230 ff. — Nicht hierher gehört das von Solazzi, Riv. 54, 52 N. 1 (gegen seine Beanstandung s. etwa Eisele, ZSSt. 27, 67 N. 2) herangezogene C. 5, 58, 1 (a. 201), wo Zahlender und eventueller Zessionar umgekehrt der nichtverurteilte Tutor ist. Da dieser durch die Streitbefestigung des Kontutors befreit ist und deshalb dem Mündel wie ein *extraneus* gegenübersteht, so ergibt sich: a) Die eventuelle Zession wird durch ein wirkliches, nicht bloß ein fingiertes *nomen emere* herbeigeführt (ähnlich wie in Jul. D. 46, 1, 17: Levy, Sponsio 189 ff.). b) Der

Berücksichtigt man, daß in den Mandatoren- und Tutorenstellen die *ex-fide-bona*-Klausel den Geschworenen an sich ohne weiteres zur Herbeiführung der Zession befähigt hätte, so verlangt die übereinstimmend bezeugte Abweichung von der Regel doppelt nach einer Erklärung: sie findet sie, wenn es zur Zession der Mitwirkung des Magistrates bedurfte, von dem es die *restitutio in integrum* zu erbitten galt. Daß der Restitutionsantrag dem Restitutionsberechtigten im Interesse eines Dritten abgezwungen werden konnte, um diesem dann als Zessionar den Gebrauch der *actio rescissoria* zu ermöglichen, macht ein Responsum Papinians wenigstens wahrscheinlich.[1])

Und noch weitere Bedenken löst die Restitution. Lautete die Formel der abgetretenen Klage nunmehr:

> *Quod* N^{us} N^{us} *L. Titii tutelam gessit* (*L. Titio mandavit, ut* . . .), *quidquid ob eam rem, si ea res in iudicium deducta non esset,* N^{um} N^{um} *L. Titio dare facere oporteret ex fide bona, eius iudex* N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} *c. s. n. p. a.*

oder:

> *Quod* N^{us} N^{us} *L. Titii tutelam gessit* (*L. Titio mandavit, ut* . . .), *quidquid ob eam rem, si* A^{us} A^{us} *L. Titii heres neque ea res, qua de agitur, in iudicium deducta esset,* N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} *dare facere o. e. f. b., eius* . . .[2]),

so begreift sich zweierlei: 1. Auch das *mandatum in rem suam*, auf

---

Tutor hat lediglich eine fremde Schuld getilgt; er bedarf also regreßhalber keiner *utilis actio* (über sie u. S. 230 ff.), sondern kommt mit der ediktalen *actio negotiorum gestorum* aus: ebenso Thalelaios, Schol. κατ' αὐτοῦ zu Bas. 38, 18, 1 (Heimb. III 785). Anders Partsch, Neg. gest. I 44 f., dessen Schlußfolgerung aus Thalelaios damit entfällt. Byzantinisches Recht enthält das Schol. Veron. 165 (Zachariae, Z. f. gesch. RW. 15, 116): εἰ μὴ *utili*αν κατὰ τῶν συγκεδημόνων.

1) D. 27, 3, 20, 1 = Ulp. D. 26, 7, 25. Der Fall liegt insofern anders, als hier nicht die Streitbefestigung mit dem künftigen Zessionar (Kurator), sondern der Vorprozeß mit dem Restitutionsgegner selbst (Tutor) die Konsumption der zu zedierenden *actio* herbeigeführt hatte. Daher erfolgte die Restitution unabhängig von dem Kuratorenprozeß auf der Grundlage eines Minorenedikts. Und so konnte die Zessionserzwingung entsprechend der außerhalb des *eadem-res*-Bereiches befolgten Übung dem Geschworenen überlassen bleiben: u. § 134.

2) Dazu etwa Gai. IV 37; vgl. auch Eisele, Actio utilis 40.

das einige Zeugnisse deutlich anspielen[1]), war zur Zession geeignet. 2. Die Zession konnte ohne Rücksicht auf die Streitbefestigung des Gläubigers mit dem Zessionar, insbesondere auch nach ihr vorgenommen werden. Den Terminus, post quem nicht mehr zediert werden konnte, bildete lediglich die Befriedigung. Ihre Wirkung wurde durch die obige Fiktion nicht beeinträchtigt, sie selbst jedoch zweifellos niemals wegfingiert, weil sie ja gerade die Voraussetzung bildete, von der der Rückgriff auf Zahlung abhängig war.[2]) Ferner kam wohl auch in Betracht, daß nach der Erfüllung dem eigentlichen Restitutionsberechtigten, dem Gläubiger, nunmehr *nihil abest.*[3]) Spätestens im Zeitpunkt ihrer Vornahme mußte der Befriedigung durch Abtretung oder entsprechenden Vorvertrag der Anschein einer Kaufpreiszahlung gegeben und so der Stachel der Konsumption genommen sein.[4]) [5])

Hiermit ist jede Gefahr, die der Annahme eines *eadem-res*-Verhältnisses zwischen Tutoren von der Klagenzession her drohen

1) So vor allem Pap. D. 26, 7, 42; ferner *actionem mandare* (dazu Schulz, ZSSt. 27, 141 ff.) in D. 27, 3, 1, 13. 14; 46, 1, 41, 1; C. 5, 58, 2.

2) Seckel, Festschr. für Bekker (S.-A.) 16.

3) Ulp. D. 26, 7, 25 i. f. (dazu ob. S. 228 N. 1, u. § 134).

4) Am klarsten spricht das — und zwar doch wohl gerade für die Tutorenmehrheit: vgl. Sponsio 197 f. — Modestin in D. 46, 3, 76 aus, dessen ganz unwesentlich verderbter Text durch die Konjektur Solazzis, Riv. 54, 52 N. 1 nur verschlimmert wird. Dazu C. 5, 58, 2 (*satisfacere coeperis*!). — Auf das Verhältnis zwischen Mitbürgen geht Paulus in D. 46, 1, 36 ausführlich ein: da der ablat. absol. *accepta pecunia* es nicht ausschließt, daß das *praestare actiones* in continenti unmittelbar gefolgt ist (Ggs.: *post aliquod intervallum*: Modest. cit.), so möchte ich abgesehen von dem *et-perceptione*-Satz und dem *et-ideo*-Schluß die Echtheit des fr. nicht mehr bezweifeln (vgl. Kübler [ob. S. 223 N. 5] gegen Sponsio 203 f.). Auch in D. eod. 39 wird der *cessae*-Satz wohl von Modestin stammen (anders Sponsio 181 ff.). Gleichfalls deutlich C. 8, 40, 11, 1 (a. 229), dessen Schlußsatz freilich interpoliert ist: P. Krüger zdSt.

5) Die Byzantiner setzten sich allerdings auch über diese Schranke hinweg, wie ihr Prinzip (D. 46, 1, 36 i. f.: Levy, Sponsio 204 f.) und seine Anwendung (D. 26, 7, 25 i. f.: u. § 134) erweisen. Obendrein gewährten sie aber die *actio cessa* selbst ohne Zession: Schol. τουτέστιν zu Bas. 38, 18, 2 (Heimb. III 785), dessen Beziehung auf Thalelaios (so Heimb. VI 380) durch Partsch 43 N. 1 nicht erschüttert ist (vgl. ob. S. 227 N. 5 a. E.); ferner D. 30, 57 i. f. (itp.: ob. S. 225 N. 4 a. E.) und C. 5, 75, 1, 2 i. f. (itp.: Solazzi, Bull. 22, 39 ff., P. Krüger zdSt.).

könnte, behoben. Das gewonnene Resultat ist aber durch die Betrachtung einzelner Fragmente noch zu festigen. Sedes materiae für das Regreßrecht bei der Tutel ist die auch von der byzantinischen *Collectio de contutoribus*[1] wiedergegebene Erörterung in Ulp. D. 27, 3, 1, 13. 14:

13. *Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit vel ex communi gestu nec ei mandatae sunt actiones, constitutum est a divo Pio et ab imperatore nostro et divo patre eius utilem actionem tutori adversus contutorem dandam.*

14. *Plane si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones neque utilis competit, quia proprii delicti poenam subit: quae res indignum eum fecit, ut a ceteris quid consequatur doli participibus: nec enim ulla societas maleficiorum vel communicatio iusta damni ex maleficio est.*

Neben dem *mandare actiones* erscheint in beiden Stellen eine *utilis actio*, die früher überwiegend gleichfalls als eine (bloß anders formulierte) *actio tutelae cessa* beurteilt wurde, in Wahrheit aber eine selbständige *actio negotiorum gestorum utilis* darstellt, als welche sie wohl auch ursprünglich bezeichnet war.[2]

a) Das im § 13 überlieferte *condemnatus praestiterit*, das man bislang meist in *conventus sit* (*fuerit*, *erit*) ändern zu sollen glaubt[3], wäre sachlich vielleicht zu verteidigen, weil das folgende *mandatae sunt* auf eine zeitlich vor dem *praestare* liegende Zession bezogen werden könnte. Bedenkt man indessen, daß das *praestiterit* an dem berüchtigten Objektmangel leidet[4] und im Modus von dem einwandfreien *mandatae sunt* abweicht, daß dasselbe *praestiterit* im § 14 unbedingt eingefälscht ist[5] und der sichtlich anknüpfende § 18 von der *praestare*-Voraussetzung nichts weiß, so ist das Wort dem Klassiker mit Sicherheit abzusprechen.[6][7] Ebenso sicher ist aber

1) Über sie Levy, ZSSt. 37, 24 N. 8.

2) So Partsch, Neg. gest. I 42 ff., bes. 43 N. 2; vgl. auch Lenel, ZSSt. 35, 212 N. 2 und jetzt (anders Min. età 100f.) Solazzi, Riv. 54, 53 N. 1.

3) Eisele 77, 457 N. 75, Binder 350, P. Krüger zdSt., Partsch 43 N. 2.

4) Vgl. u. S. 349 N. 1. 5) S. u. S. 235 N. 4.

6) Daß es nicht auch in die *Collectio* (u. S. 231 N. 3) eingedrungen ist, bietet kein Gegenargument.

7) Anders noch Ascoli, Bull. 4, 301, H. Krüger, ZSSt. 22, 224 und Perozzi II 108.

condemnatus klassisch.[1]) Es bildet die unumstößliche und einzige Unterlage für die im § 18 auftretende Erläuterung; es kann unmöglich dasselbe *conventus* verdrängt haben, das im § 14 gelegentlich der parallelen Interpolation des *praestiterit* unangetastet geblieben ist; es stimmt mit der in Pap. D. 26, 7, 42 und Pap. D. 27, 3, 21, namentlich aber in C. 5, 58, 2 wiederkehrenden Betonung der Kondemnation genau überein. Ausschlaggebend ist sachlich, daß die *actio neg. gest. utilis* ihre materiellen Voraussetzungen ohne Zweifel dem allgemeinen Regreßrecht aus Geschäftsführung entlehnt hat und also erst nach Verurteilung oder Zahlung[2]) erfolgreich geltend zu machen war.

Hat hiernach Ulpian *condemnatus est* geschrieben, so läßt die negative Fassung des Folgenden allerdings noch nicht ersehen, ob auch die Zession erst nach vorgängiger Verurteilung gefordert und bewirkt werden konnte. Immerhin wird die Bejahung der Frage durch die Reihenfolge der Tatbestandsglieder nahegelegt[3]); sie wird durch den Sachverhalt der beiden eben erwähnten Papinianstellen sehr wahrscheinlich gemacht und durch die auffallend übereinstimmende Ausdrucksweise von C. 5, 58, 2[4]) und Mod. D. 46, 1, 41, 1 zur Gewißheit erhoben: erst *cum ex causa iudicati satisfacere coeperis* = *cum iudicati conveniri coeperit*[5]), kann der Beklagte

1) Ebenso Solazzi, Min. età 99, Riv. 54, 52 N. 1.

2) Nach Verurteilung: auf Befreiung, nach Zahlung: auf Erstattung; vgl. Seckel, Festschr. f. Bekker 16 ff., insbes. 22 f., wonach gerade die Erteilung einer *actio* den Gedanken an die Streitbefestigung als Regreßvoraussetzung ausschließt.

3) So denn auch *Coll. de contutor.*: *sed si . . . condemnati fuerint idonei tutores, ceduntur eis actiones pupilli vel . . .*

4) Abwegig Binder 350, der hier die Zession für „eine durch Billigkeitserwägungen veranlaßte Singularität" hält.

5) Das *coepisse* bezeichnet den ersten Anfang des Geschehens und unterstreicht so die temporale Bedeutung des *cum* = sobald als. Sobald der Beklagte zum Judikatsprozeß *in ius* voziert wird, wird der Regreß fällig (ähnlich *si . . . coeperint* etc. z. B. in D. 10, 2, 44, 5; 15, 1, 52 pr. i. f.; 46, 1, 71 pr. i. f.). Beide Stellen gehen vom *iudicati teneri coepisse* (D. 15, 1, 9, 8 i. f.) aus. Und wenn auch das Reskript weniger prozessual präzis spricht als Modestin, so fordert doch schon das *desiderabis* die Annahme eines prozessualen Vorgangs: vgl. u. S. 234 N. 5. Es ist bezeichnend, daß die Byzantiner das nicht mehr verstanden: in den Bas. 38, 18, 2 (Heimb. III 785) wird aus dem *cum* ein konzessives κἄν.

desiderare, ut actiones sibi mandentur. Eher unterstützt als in Zweifel gezogen wird das durch Pap. D. 50, 15, 5 pr., weil, wenn es bei der Erhebung der Grundsteuer überhaupt zum Prozeß kam, der Fiskus den Kläger, Richter und Vollstrecker zugleich spielte[1]) und so für die Unterscheidung von *conveniri* und *iudicati conveniri* kaum ein Raum blieb.[2]) Aber auch Pap. D. 26, 7, 38, 2, Pap. D. 46, 6, 12 init., Ulp. D. 15, 1, 30, 3 und C. 8, 40, 2[3]), die offenbar nur die materielle Frage des Rechts auf Zession streifen, sprechen nicht dagegen. Widerspruch erhebt nur D. 27, 3, 1, 18:

> *Non tantum ante condemnationem, sed etiam post condemnationem desiderare tutor potest mandari sibi actiones adversus contutorem, pro quo condemnatus est.*

Und dieses Fragment ist allem Anschein nach unecht. Freilich wird man sich hüten müssen, es auf Justinians Leute zurückzuführen[4]), die, wie die Embleme des § 13 verraten, ja gerade darauf ausgingen, die Bedeutung der Kondemnation und des *pro alio condemnari*[5]) herabzusetzen. Auf der anderen Seite will aber manches zum wirklichen Ulpian (§§ 13, 14) nicht passen: weder die lehrhafte Art, in der über den zuvor in der Schwebe gelassenen Zessionszeitpunkt gesprochen wird, noch gar die Stellung des § 18: gehörte er zum Urtext, so würde er allenfalls hinter dem § 14 seinen Platz gefunden haben, nicht aber am Schlusse des gesamten Kommentars zur *actio tutelae* hinter den Vererbungsfragen (§§ 16, 17). Alles erklärt sich, wenn man an einen nachklassischen Glossator denkt, der in der Meinung, die Aktionenmandierung des § 13 vor die Kondemnation verlegen zu müssen, demgegenüber das Recht seiner Zeit (*post condemnationem* . . .) zur Geltung zu bringen gedachte und dessen Randvermerk später an falscher Stelle in den Text aufgenommen ward.

Wo aber mag der Grund gelegen haben, aus dem man, um die Zession herbeizuführen, den Judikatsprozeß abwartete? Wenn es

1) Daß hier der *ordo iudiciorum* außer Betracht blieb, versteht sich: s. etwa Mommsen, Staatsr. (3. Aufl.) II 1021 ff., Pernice, ZSSt. 5. 17 ff., Mitteis, RPR. I 366 f.

2) Materiell werden hier wie bisweilen auch sonst (s. etwa Mod. D. 22, 1, 43; C. 8, 40, 11, 1) die Lehren des Zivilrechts analog verwendet: s. auch ob. S. 223 N. 2, 224 N. 1, u. S. 238 N. 1.

3) S. hier auch i. f.: *exsolvatur.*

4) Wie Solazzi, Riv. 54, 52 N. 1 will. 5) Zu diesem Punkt u. S. 234 f.

zur Abtretung der in der *restitutio in integrum* sich äußernden billigenden Mitwirkung des Magistrats bedurfte, so blieb von vornherein nur die Wahl zwischen dem *ius* des Erkenntnisverfahrens und dem *ius* des Judikatsprozesses. Im ersteren Zeitpunkt war die zu zedierende *actio* wohl schon deshalb nicht zu restituieren, weil sie ja noch gar nicht konsumiert war. Auch konnte man dem Kläger die Zession noch nicht zumuten; ebenso wie außerhalb des *eadem-res*-Bereichs der Judex die Abtretung erst erzwang, wenn er zur kondemnierenden Sentenz bereits entschlossen war und unmittelbar ehe er sie aussprach, so mußte auch hier zuvor feststehen, daß dem Kläger gegen den Beklagten der Weg der Zwangsvollstreckung offen war. — Zu demselben Ergebnis führt noch ein anderes. Es wäre widersinnig, einen Akt zu erzwingen, den der Gezwungene jederzeit zu widerrufen imstande wäre: das *mandare actionem* endgültig zu machen, mußte der Zessionar mit dem *debitor cessus* also alsbald *litem* kontestieren. Kam noch hinzu, daß die Anwesenheit des *debitor cessus* zu der Kognitorbestellung stets[1]), zum Erlaß des Restitutionsdekrets regelmäßig[2]) erforderlich war, so ist es wahrscheinlich, daß dem sog. *iudicium rescindens* die Bestellung des Beklagten zum *cognitor* oder *procurator in rem suam* und sodann die Streitbefestigung über die zedierte *actio* meist sogleich gefolgt sein wird. Dann aber konnte nach allgemeinem Regreßrecht[3]) wie die Streitbefestigung so die Zession für den Zessionar Erfolg nur versprechen, wenn er den Gläubiger bereits befriedigt hatte oder wenigstens *iudicati tenebatur.*

b) Von hier aus fällt auch ein Licht auf das Verhältnis zwischen den beiden Rechtsbehelfen, die in den §§ 13, 14 genannt werden. Beide sind sie *extraordinaria auxilia* (Ulp. D. 4, 4, 16 pr.) in dem Sinne, daß die bloße Möglichkeit der Gewährung der *actio neg. gest. utilis* nicht schon die *restitutio in integrum* und umgekehrt die Möglichkeit einer Restitution nicht schon die *datio* der *utilis actio* ausschließt.[4]) Andererseits hat die tatsächlich erfolgte Restitution und Zession (*neque ei mandatae sunt actiones*: § 13) die Denegation der *actio utilis* und deren Erteilung die Verweigerung der Restitution

1) Gai. IV 83. 2) Ulp. D. 4. 4, 13 pr. i. f. 3) Vgl. ob. S. 231 N. 2.

4) In D. 27, 3, 1. 13 heißt es bezeichnenderweise *mandatae sunt* und nicht *mandari possunt*; vgl. auch Jul. D. 3, 5, 29 (dazu Partsch 44 N. 1).

zur Folge. Welches von beiden Rechtsmitteln der Verurteilte begehrt, steht in seiner Wahl[1]) (C. 5, 58, 2).[2]) Mehr Vorzüge mochte in der Regel die Zession haben, die dem Zessionar zwar nicht das *privilegium exigendi* (Pap. D. 26, 7, 42)[3]), aber doch den gleichzeitigen Erwerb dinglicher oder persönlicher Sicherungsrechte (z. B. der *actio ex stipulatu* gegen den vom Mitvormund gestellten *sponsor rem pup. salvam fore*) einbringen konnte.[4]) Allein die Zession war von der Mitwirkung des Pupillen (Gläubigers) und regelmäßig des Kontutors (Gegners bei der Restitution und Kognitorbestellung) abhängig und nur im Wege der Einwendung gegen die *actio iudicati*[5]), keinesfalls aber mehr nach Befriedigung des Pupillen zu erreichen[6]), und so mochte oft genug die selbständige Regreßklage in die Bresche springen. — Bei außergerichtlicher Befriedigung des Pupillen kam bloß eine freiwillige Zession (*nomen vendere* ohne Restitution) in Frage. Nur wenn sie verabsäumt war, mochte der Prätor eine *actio neg. gestor. utilis* erteilen, die jedoch in diesem Falle nicht überliefert ist.

c) Die materielle Voraussetzung, unter der der Prätor die selbständige Regreßklage gewährte oder den Pupillen zur Abtretung zwang, bestand darin, daß der belangte Tutor *non ex propria culpa solus condemnatus es(t)* (C. 5, 58, 2). Das bedeutet für den (wichtigsten) Fall mehrerer Gerenten, daß die Verurteilung lediglich auf den Satz: *alterius f a c t u m alteri quoque nocet* (Pomp. D. 45, 2, 18)[7]), speziell auf das: *etiam contutoris f a c t u m imputatur collegae* (Paul. D. 26, 7, 14)[8]) gegründet war.[9]) Die nicht anzuzweifelnden angeführten Worte Caracallas werden hinsichtlich der *actio neg. gest. utilis* durch Paul. D. 26, 7, 45 (*illius nomine*! vgl. auch Pap. D.

---

1) Keine Konkurrenz: ob. S. 17 ff., bes. 19 f.

2) Zu *utili actione* Partsch 43 N. 2, dem Solazzi, Riv. 54, 67 anscheinend unter Aufgabe seiner früheren Ansichten beitritt.

3) Peters, ZSSt. 32, 192 f.

4) Einiges darüber bei Eisele, ZSSt. 27, 60 ff.

5) Gegen die Klassizität der *actio tutelae contraria* vgl. Partsch 47 ff.

6) Ob. S. 229 N. 4. 7) Dazu ob. S. 210 N. 5.

8) Dazu Levy, ZSSt. 37, 50 f.

9) Denn nur in diesem Falle haftet der Kontutor ohne alle Exkusationsmöglichkeit schlechthin: Levy 21 N. 4. Unzutreffend Solazzi 66 f., der seiner Theorie vom Regreßrecht (s. u. S. 236 N. 1) zuliebe die *culpa* des Reskripts auf Kommissivkulpa einschränkt.

eod. 41)[1]), hinsichtlich des Zessionszwanges durch das nachklassische, aber vorbyzantinische Emblem D. 27, 3, 1, 18 i. f.[2]) kräftig gestützt. Dem entspricht haarscharf Ulpians (D. eod. 1, 13) Tatbestandsmerkmal: *ex facto alterius tutoris condemnatus*. Und wenn alsdann im Widerspruch zu alledem der korrigierende Passus *vel ex communi gestu* dem Verbum nachhinkt, so wird man kein Bedenken tragen dürfen, ihn im Einklang mit anderen Forschern[3]) für unecht zu erklären. Aber Justinians Erfindung war dieser Passus wohl nicht. Wie der *gestus communis* den geraden Gegensatz zum *factum alterius tutoris* bildet, so wird er auch dort, wo Ulpian den Gegensatz ins Licht stellen wollte, zur Sprache gekommen sein. Hieß es im Beginn des § 14: *plane si ex ⟨gestu⟩ communi conventus ⟨sit⟩*[4]) *tutor*, so ist zugleich die Unlogik der Gegenüberstellung: *ex gestu communi — ex dolo communi* vermieden.[5]) Die auf den *dolus* zugeschnittene Begründung (*quia . . . est*) würde dann freilich nicht mehr passen. Indessen wäre sie schon aus anderen Gründen dem Klassiker abzusprechen.[6]) Indem sie in pathetischer Breite und sittlicher Entrüstung dem Dolosen alles Recht verwehrt[7]), macht sie sich einer schlimmen Begriffsverwirrung schuldig: ein Klassiker betrachtet weder das, was in *tutelae iudicium venit*, unter dem Gesichtspunkt des Deliktes noch das, was der verurteilte Tutor zu zahlen hat, jemals als *poena*.[8]) Derartige Verwischungen des Unterschiedes zwischen Schadensersatz und Strafe stammen aus byzantinischer Werkstatt.

Für einen Regreß ist mangels eines Gesamtschuldverhältnisses kein Platz, wo der eine Tutor, weil er kein Gestionsrecht hat, von

---

1) Über diese Fragmente Levy 45 ff.: vgl. auch BGU. 1113 und dazu Mitteis, Pap.-Kunde II 180. 2) Ob. S. 232.

3) Binder 285, Solazzi, Min. età 98 f., Riv. 54, 53, Partsch 43 N. 2, zweifelnd noch Levy, Sponsio 198 N. 2.

4) *praestiterit*: Trib. (vgl. Eisele 77, 457 N. 75) ebenso wie im § 13, insbes. auch weil nach der *praestatio* ja überhaupt nicht mehr zediert werden konnte: ob. S. 229 N. 4, 5.

5) Ebenso insoweit Solazzi, Riv. 54, 53 f. (vgl. schon Min. età. 101). Anders Partsch 43 N. 2 a. E. (vgl. dazu Levy, ZSSt. 37, 75 N. 3).

6) Solazzi a. a. O. 53 tilgt sie erst von *quae* ab.

7) Man beachte auch die consecutio temporum: *fecit, ut . . . consequatur*.

8) S. etwa Levy, ZSSt. 37, 63 N. 6, 82 N. 7, 84 N. 1 und u. S. 446 N. 6.

jeder Haftung frei oder wo die *administratio divisa* ist.[1]) Dagegen ist *eadem res* kein Erfordernis. Wurde etwa *ex facto* des zahlungsunfähigen Gerenten der Zessant gemäß dem *universa negotia curare debere*[2]) belangt[3]), so wird nicht nur der Geschworene *ex fide bona* die Verurteilung von der Zession der ediktalen *actio tutelae* abhängig gemacht[4]), sondern, falls dies verabsäumt war, auch der Prätor seine *utilis actio neg. gestorum* gewährt haben. Zwischen mehreren Zessanten hingegen versagte wohl jeder Rechtsbehelf genau wie *ex communi gestu.* Und wie diese letztere Rechtsfolge in Byzanz auf den *dolus communis* eingeschränkt und als Strafe beurteilt wird (§ 14 cit.), so ganz ebenso die erstere: Papin. D. 26, 7, 38, 2:

Unde quaerendum est, an actiones pupillus ei, qui solus convenitur, in alterum pro parte scilicet praestare debeat. sed cum propria cuiusque contumacia puniatur, qua fronte poterit hoc desiderari?

Von dem *cum*-Satz, der dem Sinne nach sich mit dem *quia*-Stück des § 14 cit. genau deckt, gilt Wort für Wort das zu diesem Bemerkte. Dazu weist er eine *contumacia* auf, die wie wohl in allen Anwendungen auf den *cessans* verdächtig ist[5]) und namentlich zu dem unechten § 1[6]) eine sinnfällige Brücke baut. Die rhetorische Frage am Schluß empört sich über das *quaerendum est*, statt es sachlich zu beantworten, und enthält gerade deshalb ein Echtheits-

1) Genau entgegengesetzt behauptet Solazzi, Riv. 54, 53, *che il tutore solidalmente responsabile non ha regresso contro gli altri tutori* und daß demnach, wo von einem Regreß die Rede ist, *deve la gestione essere stata divisa o attribuita specialmente ad alcuni* (66 f.). Diese Behauptung, die auf dem Mangel einer gehörigen Trennung von Außen- und Innenverhältnis und auf der falschen Abgrenzung der subsidiär haftenden Tutoren (vgl. Levy, ZSSt. 37, 27 f.) beruht, ist unhaltbar. D. 26, 7, 41; 27. 3, 1, 13. 14; C. 5, 58, 2 lassen sich nicht von geteilter Tutel verstehen (so Sol. 47 N. 2 a. E., 52 ff., 66 f.); der Tatbestand von D. 26, 7, 45 (Sol. 45) ist echt. — C. 2, 4, 1 (a. 211) bezieht sich weder auf die *actio rat. distrah.* (Binder 183 N. 47) noch auf die *actio tutelae* (Solazzi 57 ff.), sondern handelt lediglich von Kuratoren (zu der Itpol.: Ferrini, zit. bei Solazzi, Min. età 84, P. Krüger zdSt.). Auch ist nur von der Gesamtwirkung der *transactio* (Binder 196 ff., H. Krüger, ZSSt. 22, 219), nicht von der des *pactum de non petendo* die Rede: Binder 195 N. 36.

2) Julian D. 27, 8, 5: gegenüber dem Zessanten des spätklassischen Rechtes analog (vgl. Levy 32 N. 5) verwendbar.

3) S. auch Levy 21 N. 4. 4) Vgl. ob. S. 225 N. 3.

5) Levy 63 N. 6, 71 N. 5, 85 N. 6. 6) Levy 71.

indiz für die Fragestellung[1]), in die nur *pro parte scilicet* mit Rücksicht auf das im § 1 behandelte *benef. divisionis* eingefälscht ist.[2]) Für den Klassiker ergab sich das Problem unmittelbar aus der Entscheidung im principium, in der er eine rechtliche Beziehung zwischen den Zessanten anerkannt hatte.[3])

Wenn man hiernach dem Tutor einen Rückgriff nur insoweit gewährte, als er aus positiven Einzelgeschäften des Kontutors in Anspruch genommen war, so spiegelt sich hierin einerseits die Dringlichkeit des Bedürfnisses, bei derartigen auf lange Dauer berechneten Geschäftsführungsverhältnissen das Konto des einzelnen aufzudecken, andererseits aber das eigenartige Bestreben, an der Identität der Obligationen sogar im Innenverhältnis so wenig wie möglich zu rühren. Auch das im Einklang mit dem sonstigen klassischen *eadem-res*-Recht. Allenthalben ist man zu einem Zessionszwang erst in spätklassischer Zeit und jedenfalls nur dort gelangt, wo wie beim Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Fidejussor die materielle Schuld lediglich auf dem einen lastete[4]) oder wo — wie bei einigen paritätischen Mehrheiten (Fidejussoren[5]), Mandatoren[6])) — bei anderer Sachlage, insbes. allseitiger Zahlungsfähigkeit, ein *beneficium*

1) Dies gegen Beseler III 188, der sich unzureichend auf Eisele 77, 457 N. 75 und P. Krüger zdSt., irrig auf Binder 296 beruft. Wie Binder so hält Schulz, ZSSt. 27, 99 N. 4 und größtenteils noch Solazzi, Riv. 54, 43 N. 5 (allerdings zweifelnd) das Fragment für echt.

2) Über das sachlich Falsche dieser Worte ob. S. 227 N. 2.

3) Levy 69 ff.

4) Hier ist der Zessionszwang wohl doch (vgl. Levy, Sponsio 206 N. 1) aus den Jahren 207 (C. 8, 40, 2) und 229 (C. eod. 11, 1) bezeugt: vgl. dazu C. eod. 14, 1. Für spätere Zeit (293): C. eod. 21. Weitere Stellen sind nicht verwendbar, weil sie entweder den Zwang nicht erwähnen oder den Bürgen als Käufer des Pfandes (nicht des Pfandrechtes) schildern. Zu den letzteren gehört auch Pap. D. 20, 5, 2 (dazu Levy a. a. O.).

5) Ob hier die von Julian (D. 46, 1, 17; dazu Levy, Sponsio 185 ff.) für das Sponsorenrecht berichtete Übung das Vorbild abgab? — Einen sicheren Beleg, sei es für die *sponsores in provincia accepti*, sei es für die *fideiussores* (Levy, ZSSt. 37. 78 ff.), bietet lediglich das auf Vormundsbürgen beschränkte Pap. D. 46, 6, 12 init., einen wahrscheinlichen (s. ob. S. 229 N. 4 a. E.) Mod. D. 46, 1, 39, wenn man *electus* von einer Belangung (vgl. ob. S. 43 N. 2) und *cessae* demnach vom Zessionszwang verstehen darf. Nicht hierher gehört doch wohl C. 8, 40, 11, 1 (s. vor. Note).

6) Mod. D. 46, 1, 41, 1.

divisionis eingegriffen hätte.[1]) Erst in der Mitte des 3. Jahrhunderts begegnen die ersten Spuren einer Tendenz, den Zessionszwang im Sinne einer Anteilshaftung zwischen Gesamtschuldnern nutzbar zu machen[2]), und alsbald erscheint auch im Tutorenrecht die Zession ohne Beschränkung auf das *ex facto alterius* Geleistete.[3]) Den Byzantinern blieb nur übrig, durch Verfälschung von Klassikertexten das Ergebnis zu verallgemeinern.[4]) — Ähnlich ist die selbständige Regreßklage, der gegenüber sich die Klassiker, soweit sie nicht *iure civili* zustand[5]), durchaus ablehnend verhielten[6]), hier und da seit Diokletian[7]) in Aufnahme gekommen.

§ 25. 9. **Adjektizische Klagen.**

Schon bei der Besprechung der Konkurrenz verschiedener adjektizischer Klagen[8]) konnte festgestellt werden, daß den römischen Juristen als *causa* dieser Klagen nicht irgendeine Hand-

1) Entsprechend im öffentlichen Recht: Pap. D. 50, 15, 5 pr. (ob. S. 232 N. 2). Gegenüber Beseler III 190 s. Pernice, ZSSt. 5, 18; vgl. auch Schulz, ZSSt. 27, 102 N. 3.

2) C. 4, 65, 13 (a. 259) i. Verb. m. C. 8, 40, 14, 1, doch ist *quorum nomine* immerhin bemerkenswert.

3) C. 5, 52, 2, 3 i. f. (a. 284) und fast wörtlich gleichlautend C. 5, 51, 6, 1 i. f. (a. 290): Levy, ZSSt. 37, 30 N. 8, 63 N. 4. Die Wendung hebt sich von der entsprechenden der Kompilatoren (C. 5, 52, 2 pr. i. f.) beachtenswert ab; in c. 6 § 1 zieht sich die subjektive Stilisierung korrekt durch das ganze Reskript. Dies gegen Solazzi, Riv. 54, 61 f. (besser Min. età 98).

4) So grundsätzlich in D. 19, 2, 47 (ob. S. 217) und D. 21, 2, 65 (ob. S. 225 N. 4); s. ferner etwa D. 10, 2, 18, 5 (ob. S. 225 N. 4), 27, 3, 1, 13 (ob. S. 235), C. 5, 52, 2 pr. (vor. Note).

5) Wie die *a. pro socio* oder *mandati*. Offenbar weil kaum jemals eine von beiden zwischen Tutoren praktisch wurde, ließ man hier die *a. neg. gest. utilis* aus denselben Gründen und in demselben Umfang zu wie den Zessionszwang. Ähnlich im Recht der Magistrate: u. S. 309 N. 2.

6) Vgl. allgemein Ulp. D. 35, 2, 62 pr. und Dernburg, Pand. II § 73 N. 19; für mehrere Fidejussoren: Gai. III 122, Paul. D. 2, 14, 23 (Levy, Sponsio 178 f.), Mod. D. 46, 1, 39 init., C. 8, 40, 11 pr. (a. 229); vgl. ferner Paul. D. 34, 3, 29 und Binder 184 ff. So kann denn auch *vel utili actione* in Paul. D. 9, 3, 4 nicht klassisch sein (vgl. Binder 371, Solazzi, Min. età 101 N. 2).

7) C. 8, 39, 1 (a. 287). — Dagegen wird sich C. 5, 44, 4 (a. 267) wohl noch als eine analoge Verwendung der klassischen *a. neg. gest. utilis* verstehen lassen. 8) S. 151 f.

lung oder Rechtsstellung des *dominus*, sondern nur das *negotium* des Gewaltunterworfenen erschienen ist; von hier aus führte die Berücksichtigung der reipersekutorischen Natur der Klagen[1]) ohne weiteres zwingend zur *eadem res.* Aber weiter stellte sich heraus, daß dieser regelmäßige Weg hier nicht der einzige ist, um zu jenem Ziele zu gelangen: wir konnten beobachten, daß die mehreren Klagen sogar *eadem intentio* aufweisen und deshalb noch in einem höheren und engeren Sinne *eadem res* bilden, indem sie gleichsam eine Zwischenstufe zu der dem Konkurrenzgebiet nicht mehr angehörigen[2]) *eadem actio* darstellen. Es ist klar, daß diese Resultate ohne weiteres benutzbar sein müssen, wenn es sich nun darum handelt, die einfache Personenkonkurrenz innerhalb derselben adjektizischen Klage zu betrachten.[3]) Denn die auf das Schulden des Gewaltunterworfenen abgestellte *intentio* ist natürlich dieselbe, gleichviel ob der eine oder der andere Gewalthaber in der *demonstratio* und *condemnatio* begegnet, und der Umstand, daß an diesen Stellen einmal Titius und das andere Mal Seius genannt wird, ist für die Konsumption durchaus unwesentlich.[4]) Nur die Frage tritt hinzu, ob Konkurrenz und Konsumption praktisch werden, d. h. ob die *eadem res* sich in Teil- oder Ganzhaftung äußert.[5]) Wenn wir die Frage in diesem Zusammenhang nicht so grundsätzlich wie sonst auszuscheiden vermögen, so liegt das daran, daß sie sich, was die *actio de peculio* betrifft, in eigenartiger Weise spaltet und vertieft und daß die entstehenden zwei Unterfragen, die bisher vielfach miteinander verwechselt worden sind[6]), zu der Konkurrenzfrage eine verschiedene Stellung einnehmen.

Die erste Unterfrage, die über das Ob der Konkurrenz entscheidet und für alle adjektizischen Klagen gemeinsam zu beant-

---

1) Wegen der *actiones in factum* s. ob. S. 152 f. 2) S. ob. S. 26.

3) Mitteis, RPR. I 60 führt freilich aus, „daß die Frage, ob der zivile Begriff der Korrealität auch auf die adjektizische Haftung des Gewalthabers Anwendung findet, bei den Römern nie hat gestellt werden können", da der eine Begriff dem Zivilrecht, der andere dem Honorarrecht angehöre. Indessen: den Begriff der Korrealität (als eines materiellen Instituts) haben die Römer überhaupt nicht gehabt. Die Wirksamkeit des *eadem-res*-Gedankens aber hat auch Mitteis dem Pekuliarrecht gewiß nicht abstreiten wollen; vgl. auch ob. S. 74 N. 7 a. E.

4) S. ob. S. 151 f. 5) Vgl. dazu ob. S. 178 f.

6) Vgl. u. S. 242 N. 2.

worten ist, richtet sich darauf, ob die mehreren Gewalthaber *in solidum* belangbar sind. Sie ist grundsätzlich bejaht worden, und zwar aus einem Grunde, der so recht zeigt, wie sie außerhalb unseres Themas steht und nach noch wenig gewürdigten besonderen Gesichtspunkten zu entscheiden ist. Es müssen hier wenige Worte hinreichen. Römischer Grundsatz ist es, daß eine überhaupt teilbare Verpflichtung[1]) da, wo sie sich unmittelbar auf dem notwendig geteilten[2]) Eigentum oder sonstigen dinglichen Rechte mehrerer aufbaut, ebenso geteilt ist wie jenes Recht; das ist schon an sich verständlich und findet sich z. B. bei dem Realdarlehen[3]) und der zivilen *actio damni infecti*[4]) bestätigt. Hingegen trat im Laufe der klassischen Zeit, möglicherweise zum Teil erst durch den im Gebiete der adjektizischen Klagen überhaupt vielfach bahnbrechenden Julian[5]) angeregt, jenem Satze die Billigkeitserwägung gegenüber: *est iniquum in plures adversarios distringi*[6]) *eum, qui cum uno contraxerit.* Und diese Erwägung, die für die *actiones de peculio, exercitoria* und *institoria* bezeugt ist[7])[8]), schlug so sehr durch, daß

1) Weil sie bei der *actio aquae pluviae arcendae* unteilbar ist, ergaben sich dort Schwierigkeiten: s. u. S. 273. 2) Vgl. z. B. Ulp. D. 13, 6, 5, 15 init.

3) Darüber Perozzi II 102, 107, Rabel, RPR. 476 N. 2.

4) Ulp. D. 39, 2, 40, 3 (vgl. Lenel, Pal. II 1172, Sabinussystem 71) und Paul. D. 39, 3, 11, 3 in sehr bezeichnendem Gegensatz zu der Haftung aus der *cautio damni infecti*: s. dazu ob. S. 180 f.

5) Übereinstimmend Solazzi, Bull. 17, 211. — Für die *a. institoria* stellt Julian (bei Ulp. D. 14, 3, 13, 2) das Recht zur Solidarbelangung noch ausdrücklich zur Diskussion; er bejaht es *exemplo exercitorum et de peculio actionis.* — Daß bei der Konkurrenz des *venditor* und des *emptor servi* gegenüber der *a. de pecul.* schon zur Zeit des Proculus umgekehrt die Möglichkeit der Teilbelangung in Frage gestellt wurde (u. S. 261 ff.), kommt für die Behauptung im Text, die nur für die Fälle geteilten dinglichen Rechts aufgestellt ist, nicht in Betracht.

6) Terminus technicus hierfür: vgl. Seckel-Heumann *distringere* 1.

7) Vgl. Ulp. D. 14, 3, 13, 2 (o. N. 5) sowie Gaius in D. 15, 1, 27, 8 und D. 14, 1, 2: zwei Fragmenten, die eine gemeinsame Vorlage verraten, aber auch wenn sie beide aus dem neunten Buch des Ediktskommentars stammen, wohl doch selbständig sind: vgl. auch Lenel, Gai. Nr. 215, 223; anders Berger, Teilungsklagen 174 N. 1.

8) Warum sie „unjuristisch“ und eine „petitio principii“ sein soll (so Beseler III 64), vermag ich nicht einzusehen. Auch sonst sind die Angriffe, die B. gegen D. 15, 1, 27, 8 richtet, gesucht und nicht durchgreifend; vgl. auch u. S. 251 f.

sie in den uns vorliegenden Texten keinem Zweifel mehr ausgesetzt ist. Daraus folgt, daß die mehreren Gewalthaber hier überall im Konsumptionsverhältnis zueinander stehen müssen.

a) Die zweite Unterfrage führt in das Sondergebiet der *actio de peculio*. Da die Konsumption sich ausschließlich an dem rechtlichen Verhalten einer Person orientiert, die zu den konkurrierenden Personen nicht gehört[1]), also ein in ihnen liegender Umstand für die Beurteilung der *eadem res* nichts ausgibt, so ist hier für die Frage nach *unitas actus* oder überhaupt nach irgendeiner zwischen den zu belangenden Gewalthabern bestehenden Gemeinsamkeit gar kein Raum; so wenig wie da, wo es sich um die Konsumptionswirkung zwischen mehreren Bürgen desselben Hauptschuldners handelt.[2]) Aber nirgends offenbart sich die Bedeutung des Moments der Gemeinsamkeit im römischen Recht deutlicher als gerade in solchen Verhältnissen. Wie die mehreren Sponsoren nur dann *pro parte* haften[3]), wie die mehreren Fidejussoren nur dann das *beneficium divisionis* haben[4]), wenn sie sich gemeinsam verpflichten, in welchem Falle die Römer ausdrücklich von einer *quaedam societas*[5]) zwischen ihnen sprechen, so unterscheiden sich unbeschadet der immer eintretenden Konsumption die Verhältnisse zwischen den mehreren Gewalthabern gegenüber der *a. de peculio* grundsätzlich danach, ob sie *socii* sind, d. h.[6]) ob hinsichtlich des Gewaltunterworfenen und des Pekuliums[7]) eine Gemeinsamkeit, eine *communio* besteht.

An welchem Punkte der Unterschied hervortritt, ist leicht zu erraten, wenn man an den oben[8]) berührten Satz denkt, daß Konsumption und Kondemnation oft getrennte Wege gehen. Hier setzt die zweite Unterfrage ein, ob der *in solidum* belangte Gewalthaber auch *in solidum* (*peculium*) zu kondemnieren ist, nämlich auf dasjenige Pekulium, das der Gewaltunterworfene nicht nur bei ihm selbst, sondern ferner bei den konkurrierenden

1) Denn eine Entscheidung der Konkurrenz zwischen Vater und Sohn ist nicht überliefert; wegen D. 14, 5, 7 s. u. S. 270 N. 5.

2) S. ob. S. 193. 3) Levy, Sponsio 108 ff.

4) Levy 155 ff. 5) Gai. III 122.

6) Auch hier ist an eine *societas* im technischen Sinne nirgends zu denken: vgl. Keller, Litiskont. 546 N. 1, Seckel-Heumann *socius* 4.

7) Vgl. dazu Näheres u. S. 248 f. 8) S. 82 f.

Gewalthabern hat. Diese Frage wird bekanntlich[1]) und sehr natürlich nur dann bejaht, wenn zwischen den Gewalthabern jene *quasi societas* eingreift, die eine Schadloshaltung des auf das ganze *peculium* Verurteilten ermöglicht[2]): sei es im Wege der *actio pro socio*, sei es im Wege der *actio communi dividundo*[3])[4]). Aber wie sich die Ge-

---

1) Vgl. bereits die in den wesentlichsten Punkten noch heute durchaus anzuerkennenden Betrachtungen Kellers, Litiskont. 544 ff. — S. aber u. S. 246 N. 2.

2) In diesem Sinne trifft es zu, wenn Solazzi, Bullett. 17, 215 sagt, daß *la possibilità del resarcimento è ciò che fonda e legittima l'actio in solidum.* Wie aber hier der Unterschied zwischen Solidarbelangung und Solidarverurteilung übersehen ist, so tritt das noch offener hervor, wo Solazzi 211 den Begriff *actio in solidum* dahin verdeutlicht, daß *agli effetti della condanna dovesse computarsi tutto il peculio e non sottanto la quota appartenente al convenuto.* Das obwohl er hinsichtlich D. 15, 1, 27, 3 selbst anerkennen muß (213 N.), daß hier *in solidum* auf die eingeklagte Summe geht. Die Verwischung dieses Unterschiedes ist ein Hauptmangel der sorgfältigen Arbeiten Solazzis zur *actio de peculio.* Dabei dürfte es doch ganz abgesehen von dem deutlichen Standpunkt der Quellen klar zutage liegen, daß zwischen der die Konsumption vermittelnden Solidarbelangung und dem Regreßrecht gar keine Brücke sein kann. Das hat auch Berger, Teilungskl. 175 empfunden, ohne jedoch daraus eine Folgerung zu ziehen: er schließt sich Solazzi durchaus an und benutzt für den Solidargedanken ununterscheidbar den gegen das *distringi* gerichteten Grundsatz (s. ob. S. 240 N. 7), den Regreßgesichtspunkt (s. im Text) und den Passus Ulpians in D. 15, 1, 32 pr. i. f. (s. u. S. 254 N. 4), von denen doch der eine die Solidarbelangung, der andere die Solidarverurteilung und der dritte die *restitutio in integrum* rechtfertigen soll. Entsprechend „geht" nach Berger 171 „die *actio de peculio* gegen jeden Miteigentümer *in solidum*" nur bei gemeinschaftlichem *peculium*, während in Wirklichkeit doch auch bei *peculia separata* die Klagerhebung (nur nicht die Verurteilung) *in solidum* möglich ist (s. u. S. 248 f.).

3) Vgl. z. B. Paul. D. 10, 3, 15; vgl. ferner Paul. eod. 8, 4; Jul. eod. 25. — Geradezu als Regel (*dicitur*) tritt das bei Scaev. 15, 1, 51 auf: *si cum uno ex sociis agatur, universum peculium computandum, quia sit cum* (nicht: *pro*!) *socio actio.* — Sie wird hier nur zu dem Zwecke angeführt, um darzutun, daß der belangte *dominus* auch in einem Sociifalle die *condemnatio in solidum* (*peculium*) durch Abtretung von Pekuliarforderungen in entsprechender Höhe abwenden kann. Den Regreß gegen den anderen Sozius hat er dann ebenso, wie wenn er bar gezahlt hätte. Bei den abzutretenden Forderungen handelt es sich selbstverständlich nur um das, was *debetur servo ab extraneis*, nicht aber um eine Abtretung der Regreßforderung *in solutum*, wie das Solazzi, Bullett. 17, 211 N. 5 und Schulz, ZSSt. 27, 130 f. mißverständlich annehmen (die „Regreßforderung sei wie eine Pekulienforderung anzusehen"). Scaevola

meinsamkeit der Bürgen, die sich auf die *lex Furia* oder die *epistula Hadriani* berufen können, auch dem Gläubiger gegenüber geltend macht, so kann der *quasi socius* Berücksichtigung der Gemeinschaft fordern, indem er nicht nur seine, sondern auch seiner *socii* Forderungen zur Deduktion zu bringen vermag.[1]) — Fehlt dagegen jene Gemeinschaft, so besteht kein Regreßverhältnis, und so beschränkt sich folgeweise die *condemnatio* auf den Betrag des Pekuliums, das von dem Belangten ressortiert. Von einer gegenseitigen Geltendmachung fremden Deduktionsrechtes kann keine Rede sein, und die einzelnen stehen sich so fremd gegenüber, daß sie sogar unter Umständen eine *actio de peculio* gegeneinander erheben können.[2]) In diesem letzteren Falle mußte die Prozeßkonsumption, die aus jenen formalen Gründen identischer *intentio* ja trotz alledem eingreift, leicht

steht hier auch nicht in einem Gegensatz zu African. D. 10, 3, 9 i. f. Zutreffend Seckel. Festschr. f. Bekker (S.-A.) 53 N. 4, unrichtig Beseler II 119, III 183 f., der fast das ganze fr. 51 für justinianisch hält. Sein Hauptargument, die grammatisch heikle Verbindung der Anfangsworte mit dem Folgenden, entfällt, wenn man sie auf das Konto dessen setzt, der das fr. zum Zwecke der Verselbständigung aus dem Zusammenhang löste.

4) Wenn Berger 176 diese Gedankenfolge nur für die *actio pro socio* gelten läßt und sie für die *a. comm. divid.* „eine Verkennung und Umkehrung des Zusammenhanges" nennt, welcher sich die römischen Juristen schuldig gemacht hätten, so kann dem nicht zugestimmt werden. Allerdings folgt regelmäßig die Zuständigkeit der Teilungsklage aus der Solidarhaftung und nicht umgekehrt diese aus jener (Berger 138 ff., 158). Wenn man aber bedenkt, daß die *condemnatio* eines Miteigentümers *in solidum* angesichts der drohenden Konsumption für die Römer ein dringendes Postulat, das von Berger betonte Erfordernis der *cogens necessitas* also stets gegeben war, so ist es klar, daß dieser Gesichtspunkt hier außer Betracht blieb. Der entscheidende Umstand lag vielmehr darin, ob ein zur Erzeugung einer Teilungsklage geeignetes Gemeinschaftsverhältnis vorlag. War das nicht der Fall, so nützte die *cogens necessitas* allein nichts, und man mußte daher, da es an einer Ausgleichungsklage fehlte, auf die Solidarkondemnation verzichten. Umgekehrt konnte man daher die *condemnatio in solidum*, wo sie statthatte, mit gutem Grunde auf das Vorhandensein einer Ausgleichsklage zurückführen. Damit wird dann aber immer nur auf die Existenz eines klagbegründenden Gemeinschaftsverhältnisses hingedeutet, genau so, wie die Nennung der *actio pro socio* auf das Bestehen einer *societas* im technischen Sinne verweist.

1) Dieses Deduktionsrecht ist die Folge und nicht der Grund der Kondemnierbarkeit *in solidum*: vgl. Ulp. D. 15, 1, 11, 9 i. f.; anders Berger 173.

2) Vgl. einerseits u. S. 250 N. 3, S. 257 N. 2, S. 259 f.; andererseits u. S. 249 N. 3 und Paul. D. 15, 1, 20.

zu unerwünschten Konsequenzen führen, wie überall da, wo der Inhalt der Konsumption und der Inhalt der Kondemnation auseinanderfallen. Unerwünscht freilich nicht für den Gewalthaber, aber für den Gläubiger, der *universum peculium eius, quod ubicumque est, veluti patrimonium intuetur*[1]), und so blieb hier nur die ultima ratio der *in integrum restitutio* übrig, die, zweifellos ohne weiteres gewährt[2]), dem Gläubiger unter Reszission der Konsumption eine weitere Klage gegen die bisher nicht belangten Gewalthaber ermöglichte. Und so ergibt sich die die Bedeutsamkeit der *eadem causa* so überaus kennzeichnende Tatsache, daß die Konsumption da, wo sie ausnahmsweise ohne Rücksicht darauf eintritt, ob Gemeinsamkeit des Klaggrundes auch in der Person der konkurrierenden Beklagten vorliegt, sich praktisch nicht erhalten kann und im Wege außergewöhnlicher Mittel wieder beseitigt wird.

Aber nicht bloß dieses wichtigen Satzes wegen ist ein Eingehen auf jene die Konsumption nur mittelbar berührende Unterscheidung notwendig, sondern auch deshalb, weil die für unsere Untersuchung unmittelbar ins Gewicht fallenden Fragmente anders nicht zu verstehen sind. Diese Fragmente sind nur gering an Zahl, weniger wohl weil die Kompilatoren hier ihr Spiel getrieben hätten, denn weil die Prozeßkonsumption als den Socii- und den anderen Fällen gemeinsam vorauszusetzen und nicht erst zu erörtern war; sie wird deshalb auch nur dort gestreift, wo es eine *in integrum restitutio* zu behandeln galt. In etwas beteiligt sind freilich die Byzantiner an dem Bestande der Überlieferung ganz gewiß. Denn wenn hier schon die Klassiker die Prozeßkonsumption einzudämmen sich gezwungen sahen, so mußte Tribonian die Beseitigung ihrer Spuren besonders am Herzen liegen. Ein zweifelloses Beispiel dafür bietet sich in Ulp. D. 15, 1, 30, 4, einem Fragment, das zwar außerhalb der Konkurrenzlehre steht, aber die größten Schwierigkeiten machen würde, wenn nicht aus guten Gründen heute fast allgemein anerkannt wäre, daß die Kompilatoren die ursprüngliche Fassung in ihr Gegenteil verkehrt haben.[3])

---

1) Ulp. D. 15, 1, 32 pr.

2) Vgl. Ulp. fr. Arg. 1 (nach Seckel - Kübler); Paul. D. 15, 1, 47, 3; so auch Erman, ZSSt. 19, 332; unrichtig Erman, ZSSt. 20, 247 N. 2, Ferrini, ZSSt. 21, 198 f.; s. dazu auch folg. Note.

3) Ablehnend verhalten sich in neuerer Zeit nur v. Pokrowsky,

ZSSt. 16, 35; 20, 120 f., **Erman**, Mélanges Appleton (1903) 237 f. (der zuvor gerade als einer der ersten die Interpolation behauptet hatte: ZSSt. 19, 338; 20, 246; 22, 241), **Girard** 669 N. 5, **Wenger**, Actio iudicati 58 N. 5, **Affolter**, KrVJSchr. 42, 363, von denen aber manche jetzt schon anderer Meinung sein dürften. Demgegenüber sind als Verfechter der Interpolation, auf deren Gründe hier zu verweisen ist, außer den bei **Solazzi**, Bull. 20, 5 N. 2 genannten Älteren zu nennen: **Lusignani**, Consum. process. 36, **Ferrini**, Arch. giur. 64, 82; ZSSt. 21, 195, **Gradenwitz**, ZSSt. 27, 250 ff., **Lenel** 275 ff., **Solazzi** a. a. O. und st. Moriani II 156 N. 70, P. **Krüger** zdSt., **Eisele**, ZSSt. 30. 115 ff.. **Partsch**, ebenda 31, 417 f., wohl auch **Seckel**, Festschr. f. Bekker (S.-A.) 34 N. 6. — Die Frage ist nur noch: hat Ulpian schlechterdings das Gegenteil gelehrt (sei es in längeren Ausführungen, sei es durch Einschiebung eines *non* vor *potest*), oder hat er die zweite Klage bloß für das Regelrecht abgelehnt, im Wege der *in integrum restitutio* aber ermöglicht? Im ersteren Sinne: **Erman**, ZSSt. 20, 246; 22, 241, **Lusignani**, **Ferrini**, **Gradenwitz**, **Solazzi**, P. **Krüger**, **Eisele**; im letzteren Sinne: **Erman**, ZSSt. 19, 338, **Lenel**, **Seckel** (zweifelnd). Folgendes dürfte m. E. für die erste Alternative beweisen und somit dartun, daß die bestechende Analogie des fr. 32 pr. eod. (dazu u. S. 252 ff.) nicht verfängt, daß also in der Frage der Restitution (natürlich nicht in der Frage der Konsumption; vgl. auch **Lenel** 276) der Fall der Personenmehrheit von dem der Personeneinheit abweichend behandelt wurde (s. auch **Solazzi**, Bull. 20, 8 f., **Eisele** a. a. O. 117).

a) Im ersteren Falle liegt der Restitutionsgrund allgemein (vgl. ob. S. 244 N. 2) darin, daß es sich der Kenntnis des Klägers in der Regel entziehen muß, bei welcher der passiv legitimierten Personen das Pekulium im ganzen oder zu einem (welchem?) Teile sich befindet, und daß aus diesem Grunde auch dem vorsichtigsten Kläger, wenn ihn seine Vermutung täuscht, Schaden droht: dementsprechend ist das Ziel der Restitution nur das, ihm das *universum peculium eius, quod ubicumque est*, auf das er beim Vertragsschluß gerechnet hat (vgl. ausdrücklich fr. 32 pr. cit.), zur Verfügung zu stellen. Der Kläger des fr. 30 § 4 dagegen hat ja diesen Zugriff auf das *universum peculium*, er ist also bereits in der Lage, in die den vorher betrachteten Kläger erst die *in integrum restitutio* versetzen mußte. Wenn er den *dominus* zu einer ungünstigen Zeit belangt hat und deshalb ein zu geringes *peculium* vorfindet, also auch eine zu geringe Kondemnationssumme erzielt, so läßt er sich nur mit dem Kläger vergleichen, der aus Versehen eine zu geringe Summe *in condemnatione posuit*: hier wie dort *tota quidem res in iudicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine*; hier wie dort also *nec ex ea parte praetor in integrum restituit* (Gai. IV 57). Man könnte von diesem Zeugnis des Gaius aus sogar a fortiori ad minus schließen: dort handelt es sich unter Umständen um einen Irrtum in der Erklärung, in unserem Falle aber nur um einen Irrtum im Motiv (s. auch **Gradenwitz** a. a. O. 258 f.). So sind denn auch Fälle einer zugunsten des Klägers (*facilius reis praetor succurrit quam actoribus*: Gai. a. a. O.) gewährten Restitution wegen Irrtums kaum überliefert

Gerade daraus, daß es den Klassikern auf die Betonung der Prozeßkonsumption hier weniger ankam, versteht es sich, daß wir der schon oben[1]) erwähnten Erscheinung, daß die Quellen *agere* und *convenire* bisweilen im Sinne von „erfolgreich klagen“ verwenden, in unserem Zusammenhange häufig begegnen. Der Umstand, daß diese Ausdrücke mehrfach in Verbindung mit *in solidum* und *pro parte* vorkommen, hat selbst Keller[2]) dazu verleitet, an einzelnen Stellen die Grenze zwischen unseren beiden Unterfragen zu verwischen und zwischen Julian und Gaius einerseits und Ulpian anderer-

(vgl. Gai. IV 53 und namentlich D. 11, 1, 18, D. 14, 5, 4, 5: *deceptus*). In Ulp. D. 15, 2, 1, 10 muß wohl ein besonders entschuldbarer, jedenfalls allgemein geteilter Irrtum des Klägers (Verschollenheit des *filius familias*: Erman, ZSSt. 19, 329 N. 1) vorausgesetzt werden. D. 14, 3, 13 pr. ist wahrscheinlich itp.: Beseler II 14 Note, Albertario, L'actio quasi institoria (zitiert bei Solazzi, Bull. 25, 115, der selbst unentschieden bleibt). — Wegen Ulp. D. 15, 1, 19 pr. s. ob. S. 157 f. — Zu dem Ganzen vgl. auch Ferrini, ZSSt. 21, 198, Girard 1062 N. 8.

b) Wo es möglich war, wurde in Fällen, die am letzten Ende auf *in integrum restitutio* angewiesen waren, vorher auf regulärem Wege durch Kautionen vorgesorgt: vgl. z. B. für die generellen Aktionen ob. S. 90 ff. Schon das streitet gegen die Erteilung der Restitution in unserem Falle, wo *cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii* (Paul. D. 15, 1, 47, 2); noch mehr aber die Begründung der gegenteiligen Entscheidung für die *actio pro socio*: *quia socius universum debet.* Der Gewalthaber dagegen haftet überhaupt auf nicht mehr, als was zur Zeit des Urteils im *peculium* ist (vgl. Bekker, Aktionen II 343, Erman, ZSSt. 19, 339; 20, 246, Lenel 277 f.); seine mindere Verurteilung entspricht daher der materiellen Rechtslage und steht also mit der Konsumption nicht in Widerspruch; er wird sozusagen *iure* — und nicht bloß *occasione iuris* (fr. 32 pr.) wie der materiell weiter haftende andere Gewalthaber — befreit. Ist aber — materiell betrachtet — kein Anspruch mehr vorhanden, so fehlt es für die Restitution an einem Gegenstande.

c) Geradezu schlagend spricht endlich Ulp. D. 15, 1, 32, 1. Wäre in dem Falle des fr. 30 § 4 die Restitution auch nur erwogen worden, so hätte doch da, wo aus anderem Grunde Restitution eintrat, die damit nebenbei erzielte Möglichkeit, ein späteres *augmentum peculii* zu berücksichtigen, freudig begrüßt werden müssen. Statt dessen faßt Ulpian dieses Resultat offen als eine ungewollte Beigabe der Restitution auf (*licet restauretur praecedens*), die er nur aus Gründen prozessualer Konsequenz mit in Kauf nimmt.

1) S. 58 f.

2) Litiskont. 550, 558; s. dazu u. S. 248 N. 1, S. 249 N. 1, S. 259 N. 4, S. 264 N. 2.

seits Meinungsverschiedenheiten anzunehmen, die gar nicht bestehen und von vornherein um so unwahrscheinlicher sind, als Ulpian sich im Titel *de peculio* auffällig eng an Julian anschließt. Auch unter diesem Gesichtspunkt sollen die nur mittelbar erheblichen Fragmente (möglichst schnell) Revue passieren.

Einen guten Überblick gewährt zunächst der Bericht Ulpians aus dem 29. Buch seines Ediktskommentars, in welchen teils er selbst, teils (und zwar gleichfalls sinngemäß) Tribonian Ausführungen aus dem 12. Buch von Julians Digesten eingestreut hat: D. 15, 1, 11, 9 bis eod. 16.[1]) Ulpian bespricht zunächst allgemein die Ausdehnung des Deduktionsrechts im Sociifalle unter Heranziehung des Julianischen Satzes: *qua ratione in solidum alteruter convenitur, pari ratione deducere eum oportet, quod alteri debetur.* Diese *sententia* erklärt er für *recepta*, aber richtig ist sie offensichtlich nur, wenn man *convenitur* mit „erfolgreich klagen" übersetzt, also wie *condemnatur* versteht. Denn wie sich daraus, daß der Beklagte wegen des bei dem anderen Gewalthaber befindlichen Pekuliums freigesprochen würde, ein Recht auf Berücksichtigung der Forderung dieses anderen ergeben sollte, wäre unerfindlich und mit dem ganzen System unvereinbar. Ein Mißverständnis brauchte aber Julian nicht zu besorgen; denn in seinem Zusammenhange konnte ein kundiger Leser zu *in solidum* immer nur *peculium*, nicht aber den Sinn ergänzen, daß der Gläubiger seine ganze Forderung (und nicht nur einen Teil) geltend mache. Der Gedanke an den Gegensatz einer in der Formel ersichtlich zu machenden Belangung *in partem* lag hier ganz außer dem Gesichtskreis. — Dem entspricht Julians Verwendung von *agi* in fr. 12. Wer die Formel betrachtet, wird nicht bezweifeln wollen, daß auch abgesehen von der Annalklage in jedem Falle *cum eo agi* (*= lis contestari*) *potest, penes quem peculium non est*[2]) und also auch in jedem Falle Konsumption eintritt; aber kon-

1) Über fr. 14 jedoch erst u. S. 255 ff.

2) *Intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio*: Ulp. D. eod. 30 pr. und dazu Lenel 272. Zu fr. 12 nicht ganz deutlich Lenel 268 N. 4, Berger, Teilungsklagen 173. — Faßt man das fr. 12 wie im Text auf, so erledigen sich die Bedenken, die Solazzi, studi Moriani 138 auf eine Erklärung überhaupt haben verzichten lassen. Fr. 27 § 8 i. f. widerspricht dem keineswegs: vgl. u. S. 251 N. 8. Die hierzu von Solazzi, Bull. 17, 214 f. ausgesprochenen Folgerungen laufen doch nur darauf hinaus, daß, wenn der nichtbelangte

demnierbar war der pekuliumslose *dominus* freilich nur *hoc casu*, im Sociifalle.

Wenn darauf Ulpian in fr. 13 beginnt: *sed in emptore et venditore* (*scil. sententia*) *vera non est*, so möchte man zunächst meinen, daß er jenen Gebrauch des *convenire* rügen wollte[1]), wofür dann noch spräche, daß der folgende *nam*-Satz fast wie ein argumentum ad hominem (Julianum) klingt, dieses aber einen anderen Inhalt nicht haben könnte, da ja, wenn man einmal das *convenire* in dem weiteren Sinne gelten läßt, die *Juliani sententia* an den nunmehr erörterten Nicht-Sociifällen gerade die Probe besteht und somit *vera* und nicht *non vera* ist. Aber man wird sich damit bescheiden müssen, das *vera est* hier nur im Sinne von „Anwendung finden" zu nehmen, denn auch Ulpian bedient sich jenes laxeren Sprachgebrauchs häufiger[2]), ja gerade im Flusse desselben Gedankengangs, wenn es am Schluß von fr. 15 heißt: *et in solidum convenientur et deducetur quod utrique debetur*; denn hier leuchtet zum Überfluß der weitere Sinn aus dem Vorangehenden kräftig heraus. Wie sollte Ulpian bei den Worten *ut alter alterius peculii nomine non conveniatur* an die *litis contestatio* gedacht haben, da bei der Streitbefestigung auf die Höhe des Pekuliums doch gar keine Rücksicht genommen werden konnte?[3]) Das geschieht erst bei der *condemnatio*, und so deutet *conveniatur* auf nichts anderes als sie.

Von Ulpian werden wir in fr. 13 und 15 über die meisten Fälle derer unterrichtet, die *nullam inter se habent societatem.*[4]) Wie dieser Begriff hier zu dem der bloßen Gemeinschaft am Sklaven verblaßt, erweist sich namentlich darin, daß auch die noch als *socii* bezeichnet werden, die *separata apud se peculia habeant.* Aber freilich werden diese, die, wie Julians Erörterung in fr. 16 zeigt, Ausnahmefälle

---

socius kein *peculium* hat, gar kein Summand vorhanden ist, der zu dem Pekuliumsbetrag des belangten *socius* hinzugerechnet werden könnte. — Da das in fr. 11 § 9 dargestellte Deduktionsrecht auf der *condemnatio in solidum* unmittelbar beruht (s. ob. S. 241 ff.), so möchte ich auch die Skepsis Lenels nicht teilen, der Pal. I 349 N. 3 nicht glaubte, *Julianum haec hoc loco adiecisse.*

1) So vielleicht Keller, Litiskont. 558.

2) Zu beachten ist auch die direkte Rede, in der die *sententia* Julians mitgeteilt wird, sowie das *recepta est* Ulpians; vgl. ferner im Text zu D. eod. 30, 1 (S. 251).

3) Vgl. auch Seckel, Festschr. f. Bekker (S.-A.) 53.

4) S. hierzu auch Erman, ZSSt. 20, 243 N. 2.

darstellen, in der Frage der Kondemnation usw. erklärlicherweise nicht den *socii*, sondern der anderen Gruppe zugezählt.[1]) *Socii* in letzterem Sinne sind also nur die mehreren *domini servi*, wofern nicht ausnahmsweise die *peculia separata* sind.

Hinsichtlich mehrerer Erben des *dominus* ist zu unterscheiden, ob sie der gewöhnlichen *actio de peculio* oder der *actio de peculio annalis* gegenüberstehen. Im ersteren Falle sind sie *pro parte* in die *potestas* und das *peculium* sukzediert; sie stehen daher in keiner Hinsicht anders als andere Miteigentümer zu ideellen Anteilen.[2]) Dementsprechend ist zwischen ihnen die *actio communi dividundo* oder *familiae herciscundae* zu Regreßzwecken gegeben, die *actio de peculio* gegeneinander dagegen versagt.[3]) — Aber auch im letzteren Falle greifen allgemeine Erbrechtsregeln nicht ein[4]). Ein Recht, das für eine Regreßklage Platz böte[5]), ist überhaupt nicht vererbt, aber auch keine Schuld, in die die Erben *ipso iure* geteilt sukzedieren könnten.[6]) Denn der Erblasser hat nicht geschuldet, sondern nur in Höhe des Pekuliums (mit der gewöhnlichen oder der annalen Klage) gehaftet. Nur diese Haftung kann also seine Erben treffen.[7])

1) Julian und Gaius (D. eod. 27, 8) sind nicht anderer Ansicht, wie Keller, Litiskont. 550 f. meint. Denn nirgends werden hier *peculia separata* erwähnt, und so ist nur vom Regelfall, dem *peculium commune*, die Rede (vgl. auch Solazzi, Bull. 17, 211). Daß das *peculium* zum Teil bei diesem, zum Teil bei dem anderen (*penes*) ist, bewirkt noch keine rechtliche *separatio* des Pekuliums, sondern ist nur für den Regreß von Bedeutung (D. eod. 27. 8 i. f., D. 10, 3. 25 i. f.). Die Voraussetzungen der *separatio* sind ganz anderer Art: Jul. D. eod. 16. 2) Vgl. Solazzi, studi Moriani 123 N. 23a.

3) Ein unmittelbarer Beleg hierfür fehlt; vgl. aber Scaev. D. 15, 1, 54 = 58; s. dazu u. S. 250 N. 3. 4) Bekker, Akt. II 353.

5) Vgl. etwa Paul. D. 10, 2, 25, 1. 6) Vgl. auch Lenel 258 N. 3 a. E.

7) Anders natürlich, wenn einer der Erben (*filius famil.*) selbst der Schuldner *ex iure civili* und als solcher *in solidum* zu verurteilen ist. Er hat (wahrscheinlich seit Julian: Bekker, Akt. II 353) gegen die Miterben einen Rückgriff, der im Wege der *actio fam. ercisc.* (Jul.-Afr. D. 12, 6, 38 pr.: dazu Berger, Teilungsklagen 158 f.) auf das ging, *quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset.* Das *potuisset* bestätigt, daß die Streitbefestigung über die *actio directa* gegen den *filius* die gegen die Miterben bestehenden *actiones de peculio annales* konsumiert. Dem widerspricht es nicht, daß Ulpian (im Wege der *restitutio in integrum*) den Regreß auch im Wege der Zession zu ermöglichen scheint (D. 15, 1, 30, 3; dazu ob. S. 224 ff., bes. S. 223 N. 2, 226 N. 2, 232), wogegen die Abtretung in Ulp. D. 10, 2, 18, 5 interpoliert ist: ob. S. 225 N. 4.

Sie bemißt sich bei jedem von ihnen gleichermaßen ausschließlich nach der Größe des ihm überkommenen Pekuliums.[1]) Da diese Größe aber wieder nur für die *condemnatio*, nicht für die Klagerhebung von Bedeutung ist, so bleibt als Ergebnis die eigenartige Erscheinung, daß jeder Miterbe *in solidum* belangbar, jedoch nur in Höhe des bei ihm befindlichen Pekuliums verurteilbar ist und daß deshalb — allgemein gesprochen — mehrere Erben gegenüber der *actio annalis* genau ebenso behandelt werden wie die anderen Mehrheiten, zwischen denen es an einem Regreß mangelt. So wird denn auch den Erben gegeneinander die Regreßklage abgesprochen[2]), wogegen ihnen gegenseitig die *actio de peculio* zur Verfügung steht.[3]) Die Unterscheidung, ob die *actio annalis* originär in der Person der

1) Also: das Erbesein begründet die Haftung, das bei (*penes*) dem einzelnen Erben befindliche Pekulium deren Höhe, während die Höhe der *portio hereditaria* gleichgültig ist; von ihr erwähnt namentlich auch fr. 32 pr. eod. nichts. Im übrigen kann hierauf nicht näher eingegangen werden: vgl. Windscheid-Kipp II § 484 N. 20 nebst Literatur sowie Mandry, Familiengüterrecht II 378, Karlowa II 1148 f., Solazzi a. a. O. 123 ff., 129 N. 33.

2) Vgl. den hierher gehörigen (s. u. S. 269 ff.) vorletzten Satz von D. 14, 3, 14.

3) Gai. D. 15, 1, 29 pr. — Daß das der wahre Gegensatz zwischen dieser Stelle und Scaev. D. eod. 54 und 58 (s. ob. S. 249 N. 3) ist, ergibt sich aus der deutlichen Begründung des Gaius, die Bekker, Z. f. HandelsR. 4, 511, Mandry, Z. f. Rechtsgesch. 8, 398 und Solazzi, Bull. 17, 210 N. 4 unberücksichtigt lassen. Sie weist darauf hin, daß gegenüber der *actio annalis* jeder Miterbe nur auf den bei ihm befindlichen Teil des Pekuliums haftet. Würde er mit dem ganzen Pekulium einschließlich des bei anderen befindlichen haften — und dieser Fall trifft für die Miterben gegenüber der gewöhnlichen *actio de peculio* zu —, so würde nach der ratio des Gaius die entgegengesetzte Entscheidung am Platze sein. Und so entscheidet denn auch Scaevola entgegengesetzt, ganz gewiß weil die Miterben zwar nicht im Hinblick auf die Gemeinsamkeit des *servus* oder des Pekuliums, aber doch aus allgemeinen Gründen zur Ausgleichung ihrer Ansprüche die *actio familiae herciscundae* haben. Der von Stephanos (schol. 236 zu Bas. 18, 5, 54: Zachar. suppl. 234) angeführte und von Solazzi akzeptierte Grund: πῶς γὰρ οἱ κληρονόμοι δύνανται κινεῖν τὴν δε πεκουλίο τὴν μήτε ἁρμόσασαν τῷ δεσπότῃ; trifft nur die Frage der Vererbung der *actio de peculio*, nicht aber die Entstehung einer neuen *actio* angesichts des bei dem Prälegatar bestehenden Pekuliums. Ein solches Pekulium setzt Scaevola, wenn er überhaupt einen vernünftigen Fall geben will, voraus; aber auch schon das Schweigen der Stelle macht die Supposition Solazzis, der Prälegatar habe das Pekulium adimiert, unzulässig.

Erben entsteht (Fall des *libertus orcinus*)[1]) oder bereits in der des Erblassers entstanden ist[2]), findet daher hier keinen Raum.[3]) Sie fehlt auch in D. 15, 1, 30, 1, einem Fragment, in dem Ulpian zugleich die Miterben gegenüber der *actio annalis*[4]) ausdrücklich aus der Zahl der *socii* streicht. Das tut er in einer Wendung, die den weiteren Sinn von *convenire* noch einmal schlagend erweist. Denn in dem Schlußpassus *nec quasi unum ex sociis esse hunc heredem conveniendum, sed pro parte (scil. peculii)*[5]) *dumtaxat* sagt er schlechterdings nichts anderes, als was er zuvor mit *dumtaxat de peculio condemnandum, quod apud eum heredem sit qui convenitur* höchst korrekt ausgedrückt hat.[6])

Am ausführlichsten wird der Fall der mehreren Miteigentümer, gleichfalls unter Anrufung des Julian, von Gaius in D. 15, 1, 27, 8 besprochen in einer Stelle, die stilistisch einen musterhaften Eindruck macht[7]) und nacheinander die Solidarbelangung, die Solidarverurteilung und als deren Korrelat das Regreßrecht[8]) des ver-

---

1) So D. 15, 1, 14 pr.; eod. 29 pr.; D. 14, 3, 14.

2) So D. 15, 1, 14, 1; eod. 32 pr.

3) Daß diese Unterscheidung Solazzis (studi Moriani 122 ff.) den Quellen nicht entspricht, hat schon Lenel 274 N. 4 (vgl. auch 258 N. 3 a. E.) treffend hervorgehoben. Solazzis Versuch (142 ff.), den Eingang des seine Theorie widerlegenden fr. 32 pr. für itp. zu erklären, ermangelt jedes haltbaren Argumentes. Vor der Verwendung des fr. 14 eod. in seinem Sinne warnt bereits Stephanos, schol. 84 zu Bas. 18, 5, 14 (Zachar. suppl. 216): τὸ οὖν εἰρημένον ἐνταῦθα (= fr. 14) μὴ δέξῃ κατὰ διάστιξιν, εἰδὼν ὅτι ὁ μερικὸς κληρονόμος ἀεὶ περὶ μόνου τοῦ ὄντος παρ᾽ αὐτῷ πεκουλίου ἐνάγεται. S. auch das übrige daselbst sowie Kyrillos, schol. 77 i. f. und den Anonymos, schol. 83. Weiteres zu der Stelle unten S. 255, bes. N. 2.

4) Daß es sich um sie handelt, ergibt der mit § 1 eng zusammengehörige § 2; vgl. auch Solazzi, studi Moriani 133 N. 40. Das Fragment ist also nicht „dunkel", wie Erman, ZSSt. 20, 243 N. 2 meint.

5) So mit Recht Solazzi a. a. O. 133; falsch (*pro parte hereditaria*) Karlowa II 1149.

6) Für den gleichen Zusammenhang ließen sich *condemnari* und *conveniendi* in D. 14, 3, 14 gegenüberstellen, wenn der das letztere Wort enthaltende Satz wirklich von Paulus stammte. Dagegen ist dort *actio dari debet* (weil auf die *act. institoria* bezüglich) technisch verwendet: s. dazu u. S. 269 ff.

7) Man beachte z. B. *duorum pluriumve*, dem später *a socio sociisve suis* entspricht. Und das beanstandet Beseler! s. dazu ob. S. 240 N. 8.

8) Neben der *actio pro socio* wird als Regreßklage bezeichnend die *actio comm. divid.* erwähnt. — Die Worte Julians über die Fälle, in denen der be-

urteilten[1]) *socius* im dargelegten Sinne erörtert. Irgendein Gegensatz zu Julian oder Ulpian wird hier nicht bemerklich[2]), abgesehen etwa davon, daß *in solidum experiri* in ganz technischem Sinne von der *litis contestatio* verwandt ist[3]). Das ergibt nicht nur die schon oben zitierte Begründung *est enim iniquum* . . . , sondern namentlich das *permittendum est*, das fast technisch dafür gebraucht wird[4]), daß der Gläubiger zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, einen Gesamtschuldner auf das Ganze zu belangen.[5]) Auch spricht Gaius von der *condemnatio* erst im folgenden Satze besonders.[6])

Der Fall, in dem es an einer *societas* mangelt, ist am eingehendsten von Ulpian in D. 15, 1, 32 pr. auseinandergesetzt, jenem Fragment, das im Laufe der letzten 100 Jahre schon das zweitemal[7]) die Blicke der wissenschaftlichen Welt in besonderem Maße auf sich gezogen hat:

Si ex duobus vel pluribus heredibus eius, qui manumisso servo vel libero esse iusso vel alienato vel mortuo intra annum conveniri poterat, unus fuerit conventus, omnes heredes liberabuntur, quamvis non in maiorem quantitatem eius peculii, quod penes se habet qui convenitur, condemnetur, idque ita Iulianus scripsit. idemque est et si in alterius rem fuerit versum. sed et si ⟨duo⟩ sint fructuarii vel bonae fidei possessores, ⟨alterum conventum alte⟩rum libera⟨re Iulianus ait⟩, quamvis non maioris peculii, quam penes eum est, condemnari debeat.

---

langte *socius* einen Teil oder das ganze Pekulium *penes se* hat, werden durch die Äußerung Julians in fr. 12 eod., wo der Belangte nichts von dem Pekulium hat, glücklich und folgerichtig ergänzt: s. dazu ob. S. 247 N. 2.

1) Wenn hier die Zahlung seitens des verurteilten *socius* als geschehen vorausgesetzt wird, so soll damit zweifellos nichts dawider gesagt sein, daß schon die Verurteilung zur Ausübung des Regreßrechts hinreicht: vgl. D. 10, 3, 8, 4 und namentlich eod. 15 (s. auch Berger a. a. O. 135, 171, 185 f.). — Über die ähnliche Erscheinung beim Bürgenregreß Seckel, Festschr. f. Bekker (S.-A.) 16 ff. 2) Vgl. ob. S. 249 N. 1.

3) Solazzi, Bull. 17, 213 Note zweifelt.

4) Vgl. D. 15, 1, 27, 3; eod. 47, 3. 5) S. u. S. 262 f.

6) Vgl. etwa auch die ob. S. 242 N. 3 angeführten Stellen, in denen *conventus* und *condemnatus* überall getrennt hervorgehoben werden.

7) 1823: commentatio ad legem 32 pr., § 1 de peculio: Kellers Dissertation. — 1904: Lenels Entdeckung einiger Reste des Urtextes: vgl. Levy, Sponsio 203 N. 1, Solazzi, st. Moriani 117.

sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat resc⟨issorium⟩ iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet: nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur.[1])

Die hier auftretenden Beispiele begegnen auch sonst: die *fructuarii* und *bonae fidei possessores* in D. 15, 1, 15, die Miterben gegenüber der schon in der Person des Erblassers entstandenen Annalklage in D. eod. 14, 1. Die letzteren werden im ersten, die ersteren im zweiten Satze und zwar beide unter Verweisung auf Julian[2]) behandelt, während der Schlußsatz Ulpians eigene Meinung enthält und beide Fälle zusammenfaßt. Mit vollster Klarheit bringen die beiden ersteren Sätze, vollkommen parallel verlaufend, die Prozeßkonsumption und dazu gegensätzlich die Teilkondemnation zur Geltung, wobei *conventus* beide Male korrekt die *litis contestatio* bezeichnet, schon deshalb, weil *condemnetur* bzw. *condemnari* alsbald ausdrücklich folgt. Diesem Ergebnis des *ius* hilft im Schlußsatze die *aequitas* ab, indem dem Gläubiger gegen die übrigen Erben usw. ein *rescissorium iudicium* gegeben wird. Zur Sache selbst ist gegenüber der Literatur der letzten Jahre nichts weiter vorzubringen. Nur zwei Fragen bleiben noch, die eine durch Lenels Fund noch nicht erledigt, die andere durch ihn erst geschaffen.

Die eine betrifft die Echtheit des Satzes *ut magis eos perceptio quam intentio liberet.* Der von mir schon früher[3]) mit Rücksicht auf *perceptio* erhobene Anstand, der vielleicht auch Seckel zu seinem Zweifel[4]) bewogen hat, läßt sich durch weiteres stützen. Die Worte enthalten eine so banale Erläuterung des *occasione iuris liberari*, wie sie dem kundigen Hörer oder Leser des Disputationenwerkes gegenüber schwerlich erforderlich oder auch nur angebracht war. Dazu ist die Ausdrucksweise inkorrekt: nicht das immer noch einem Zweifel Raum gebende *magis — quam*[5]), sondern *per-*

---

1) Die Klammern bezeichnen Lenels Ergänzungen zu Ulp. fr. Arg. 1; im übrigen beruht der Text in erster Linie auf fr. Arg. 1, in zweiter Linie auf den Digesten. Im einzelnen vgl. hierzu die Ausgabe von Seckel - Kübler.

2) Im zweiten Satze, wenn man (mit Seckel-Kübler) der ansprechenden Konjektur Lenels, ZSSt. 25, 369 folgt.

3) Levy, Sponsio 202 f. 4) S. v. *percipere* a. E.

5) S. etwa die Beispiele bei Kalb, Wegweiser 115.

ceptio, *non intentio* wäre vom Standpunkt des die Sachlage nach erfolgter Restitution Beurteilenden in der Ordnung gewesen. So wird mit dem an sich schon verdächtigen *perceptio* der ganze Satz als dem Ulpian fremd zu erachten sein. Die Erwähnung der *intentio* läßt vielleicht ein vorjustinianisches Glossem vermuten.[1])

Die andere Frage ist sachlicherer Natur. Sollte, wie Lenel[2]) und Erman[3]) meinen, wirklich zwischen Julian und Ulpian eine Meinungsverschiedenheit bestehen, insofern die *in integrum restitutio* in unserem Falle dem Julian noch unbekannt gewesen und erst von Ulpian empfohlen worden sei? Das ist nicht denkbar. Gerade weil Ulpian hier fast überall und gerade auch im Verlaufe unseres Fragments Julian folgt[4]), hätte er, wie er das anderwärts auch tut,

1) Eisele, ZSSt. 30, 117 N. 3 erwägt zweifelnd, ob nicht der ganze Satz *sed licet hoc . . . liberet* ein solches Emblem sei. Natürlich wird das durch das Straßburger Fragment an sich noch nicht ausgeschlossen. Aber dafür spricht schlechterdings gar nichts; dagegen eine doppelte Tatsache. Einmal ist es sehr wenig wahrscheinlich, daß man in nachklassischer Zeit das Bedürfnis gehabt haben sollte, den Klassiker in Einzelheiten des Formularprozesses zu verdeutlichen. Ferner aber berichtet — worauf schon Riccobono, Bull. 18, 216 ff., Mél. Fitting II 477 hingewiesen hat — Stephanos, schol. 75 zu Bas. 18, 5, 11, 8 (Zachar. suppl. 215), daß der Kläger δύναται κατὰ τοῦ ἄλλου ῥεσκισσορίαν κινεῖν, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ λβ′ διγ. φησὶ τοῦ παρόντος τί. Stärkere Echtheitsbeweise sind nach Lage der Quellen kaum denkbar. — Trotzdem hält Beseler (ohne äußere Verdachtsgründe) es für ausgemacht, daß die Erwähnung der Reszission nicht bloß der Sprache nach (so II 14 Note), sondern auch in der Sache (III 39 f.) von einem vorjustinianischen Paraphrasten stamme. Zur Vereitelung der Konsumption nimmt er die schon von Bekker, Akt. II 341 ff. erfolglos verfochtene *praescriptio pro actore* wieder auf, die nirgendwo angedeutet, mit dem voraufgehenden Text Ulpians kaum vereinbar und praktisch nicht zu verwenden ist, weil der Pekuliumsbestand zur Zeit des ersten Urteils in der richterlichen Feststellung nicht zum Ausdruck kommt (Gradenwitz, ZSSt. 27, 249 f.), der Umfang der Konsumption also in Dunkel gehüllt bliebe.

2) ZSSt. 25, 369, vgl. auch Girard 670 N. 6, Solazzi, studi Moriani 116 N. 3.

3) ZSSt. 25, 354; daß Ulpian „in allem und jedem Vorbild und Vorläufer der Kompilatoren war" (so dort N. 2), ist eine äußerst beweisbedürftige, aber schwerlich beweisbare Behauptung; vgl. insoweit auch Beseler II 14 Note.

4) Vgl. auch gerade am Schluß: *universum peculium eius, quod ubicumque est, veluti patrimonium intuetur* mit Julian D. eod. 37, 3: *ut ex universo eius peculio, sive apud fructuarium sive apud proprietarium erit, rem consequatur.* Aber noch eher scheint Ulpian jene Wendung dem Marcellus entnommen zu

seine Gegnerschaft als Originalität deutlich hervorgehoben und sich nicht auf den dem Julian doch wahrlich bekannten Gegensatz von *ius* und *aequitas* beschränkt. Auch am Schlusse spricht Ulpian nicht, als wolle er als erster in das *ius* eine Bresche zu schlagen versuchen; er berichtet vielmehr wie von einem überkommenen Rechtszustande. Und in der Tat war es ja längst in Übung, besonders unwillkommenen Folgen der Prozeßkonsumption durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Spitze abzubrechen; zumal in unserem Gebiet sehen wir in einer alsbald zu betrachtenden Stelle[1]), daß schon Proculus jenes Mittel ohne Bedenken handhabt. Aber Julian selbst verwendet die *in integrum restitutio* in unserem Zusammenhang, wie aus den nunmehr zu besprechenden Fragmenten 14 und 37 § 3 unseres Titels erhellt; und so bleibt nur die Alternative, daß er an dem von Ulpian zitierten Orte entweder sich auf den zivilen Gegensatz von Konsumption und Kondemnation beschränkt oder in anderer Form des prätorischen Rechtsbehelfes gedacht habe.

Innerhalb des fr. 14 eod.[2]) bespricht Julian im § 1 genau den im Anfangssatze des fr. 32 pr. behandelten Fall, im princ. das gleiche nur mit dem Unterschied, daß hier die *actio de peculio annalis* nicht vererbt ist, sondern erst in der Person der Erben entsteht. In sich

haben, dem er sie in D. eod. 19, 1 fast wörtlich gleichlautend in den Mund legt, allerdings als Begründung für eine nicht den Umfang der *condemnatio*, sondern die *causa debendi* betreffende Anschauung.

1) D. 15, 1, 47, 3.

2) Auf die Zweiteilung dieses Fragments gründet Solazzi, st. Moriani 135 ff. in erster Linie den Quellenbeweis für seine Behauptung, daß die dort erläuterten Erbenfälle verschieden behandelt worden seien. Aber — ganz abgesehen von den schon an sich entscheidenden Äußerungen der Juristen der Digestenkatene (ob. S. 251 N. 3) — verrät der ganze Aufbau beider Paragraphen eine Symmetrie, die den gegenteiligen Schluß näherlegt (vgl. den Text). Daß sie hinsichtlich des Deduktionsrechtes trotz der verschiedenen Formulierung das gleiche besagen, erkennt Solazzi 141 f. selbst an. Und da soll das dem *deducere* koordinierte *agere de peculio* in beiden Fällen eine entgegengesetzte Behandlung erfahren haben? Wenn Julian das hätte ausdrücken wollen, dann hätte er nicht bloß nicht geahnt *l'equivoco in cui sono caduti i moderni interpreti, e metesse in opera ogni mezzo per evitarlo,* sondern er würde ein ganz unangebrachtes Versteckspiel getrieben haben. Im übrigen hält auch Solazzi 146 ff. die Teilbelangung für eine mögliche Erklärung des vieldeutigen *cum omnibus heredibus de peculio agendum est*; akzeptiert man sie, so schwindet jeder Gegensatz der Entscheidung innerhalb des Julianfragments.

ist das ganze Fragment logisch geschlossen: was im principium durch *cum omnibus heredibus de peculio agendum est nec quisquam eorum amplius deducet, quam quod ipsi debeatur* ausgedrückt ist, wird, durch ein *item* gleichgesetzt, im § 1 mit den Worten *et de peculio actio et deductionis ius scinditur* wiederholt. Die Spaltung des Deduktionsrechts leuchtet, da wir uns außerhalb des Gebiets der *societas* befinden, ohne weiteres ein. Was besagt aber die Teilung der *actio*, die principium[1]) und § 1 übereinstimmend fordern? Hätten wir nichts als diese Stelle, so müßten wir glauben, daß Julian Teilbelangung[2]) verlangt und Belangung auf das Ganze nicht zugelassen hätte. Zum Beweise des Gegenteils brauchen wir aber kaum auf den gerade Julian ausschreibenden Gaius (D. eod. 27, 3) und Julians eigene Worte in D. 14, 3, 13, 2 zu verweisen, da Ulpian in fr. 32 cit. gerade für denselben Fall zur Begründung der Prozeßkonsumption, also der Solidarbelangung den Julian heranzieht. Andererseits verträgt sich aber das fr. 14 mit der bloß fakultativen Teilbelangung von Gesamtschuldnern schwerlich.[3]) Und so bleibt m. E. gar kein Ausweg als der, daß Julian, der sichtlich die Beschränkung in *condemnatio* und *deductio* in einen inneren Zusammenhang zu bringen und dies durch ein kurzes Schlagwort klarzustellen beabsichtigte, bei der Szission der *a. de pecul.* ein Doppeltes im Auge hatte: einmal die wirkliche Teilbelangung des einzelnen Erben zu dem Betrage, den das *penes eum* befindliche *peculium* hatte, und ferner die ja gleichfalls auf die nicht bereits zur *condemnatio* gebrachten Teile des Pekuliums gerichteten *iudicia rescissoria*, wie sie in fr. 32 pr. erwähnt werden.[4]) Denkbar ist es ja, daß Tribonian hier ebenso wie dort die Erwähnung des *iudicium rescissorium* gestrichen hätte. Aber notwendig ist es nicht und ebensowenig wahrscheinlich. Denn die schlagende Straffheit der im Zusammenhang der julianischen Erörterung keinem Leser mißverständlichen Parallele zu der nicht anders auszudrückenden Teilung der *deductio* wäre dabei verlorengegangen. Und daß Julian hier an Stelle prozessualer Einzelheiten

1) Hier ließe der Ausdruck nur noch den Gedanken einer Kumulation zu. Daß diese ausgeschlossen ist, versteht sich aus unseren ganzen Ausführungen. 2) Über deren Möglichkeit Solazzi, st. Moriani 152 N. 69.

3) Anders Erman, ZSSt. 20, 248, der damals aber noch an die Interpolationen in D. eod. 32 pr. glaubte.

4) Vgl. auch *dividere actionem* in D. eod. 47, 3: dazu u. S. 262.

das materielle Resultat gibt[1]), wird um so plausibler, wenn man bedenkt, daß darin dasselbe Bestreben kund wird wie in der prozessual inkorrekten Verwendung von *convenire* und *agere*, die uns in den unmittelbar vorangehenden Äußerungen Julians in D. eod. 11, 9 und 12 begegnet ist.

Das Verhältnis zwischen dem *fructuarius* und dem *dominus servi*, die gleichfalls der Gruppe der *socii* nicht angehören[2]), erörtert Julian in D. eod. 37, 3:

Si actum sit de peculio cum eo qui usum fructum in servo habet et minus consecutus sit creditor, non est iniquum, ut ex universo eius peculio, sive apud fructuarium sive apud proprietarium erit, rem consequatur. nihil interest, operas suas conduxerit servus a fructuario an pecuniam mutuam ab eo acceperit. dari itaque debebit actio ei adversus dominum proprietatis deducto eo, quod servus peculii nomine apud fructuarium habet.

Daß die Stelle nicht glatt läuft, hat schon Mommsen erkannt, der den zweiten Satz an seiner jetzigen Stelle für unmöglich erklärte. Ebenso unmöglich ist aber der letzte Satz in seinem jetzigen Zusammenhange. Den Widerspruch, den er gegenüber dem Anfang darin zeigt, daß der teilweise fruchtlos exequierte Fruktuar doch noch ein *peculium apud se* habe, hat bereits Ferrini[3]) bemerkt. Aber der ganze Satz hat, wenn man ihn mit der allgemeinen Meinung von einer Klage des Gläubigers gegen den *dominus proprietatis* versteht, keinen Sinn[4]). Denn soll etwa das *deducto eo* . . . zum Ausdruck bringen, daß der *dominus* nur auf das bei ihm befindliche *peculium* kondemnierbar ist? Eine derartig gekünstelte und dunkle Schreibweise wird man Julian nicht zutrauen wollen. Nur dann ist das Ganze in Ordnung und in stilistischer Übereinstimmung mit einem anderen julianischen Zeugnis[5]), wenn man an eine *actio de peculio* des Fruktuars gegen den *dominus* denkt, wie wir sie im ersten Satz von Ulp. D. eod. 19, 2 erörtert sehen. Setzen wir das voraus, so ragen die beiden letzten Sätze nur als vereinzelte Reststücke hervor

1) So früher auch Erman, ZSSt. 19, 336.

2) Vgl. Ulp. D. eod. 13; eod. 19, 2. 3) ZSSt. 21, 196.

4) Erman, ZSSt. 20, 247 hält den ganzen § 3 für „durch und durch widerspruchsvoll". Vgl. auch Ferrini in der ital. Digestenausgabe.

5) Bei Gai. D. 15, 1, 27, 6 i. f.

aus einer Darstellung, in der Julian das Verhältnis zwischen *dominus* und Fruktuar hinsichtlich der *actio de peculio* eingehend behandelt haben mochte. Hier mögen Gedanken, wie sie in D. eod. 19, 1 gestreift werden, Platz gefunden und zu dem Ergebnis geführt haben, daß Fruktuar und Dominus als *socii* nicht zu erachten sind: *dari itaque*[1]) *debebit*... — Der für uns wichtige erste Satz enthält nichts, was gegen Julians Autorschaft spräche; der Hauptsatz weist sogar deutliche Anklänge an die Worte auf, mit denen Ulpian in fr. 32 pr. cit. seine Entscheidung begründet. Und so ist denn unser Fragment auch schon von Keller[2]) und Erman[3]) dafür verwertet worden, daß Julian hier die Ganzbelangung des Fruktuars und die Wiedereinsetzung des Gläubigers durch außerordentliche Gewährung der konsumierten *actio* gegen den *dominus proprietatis* besprochen habe. Die Wendung *non est iniquum* ist zwar nicht so elementar wie die Sprache des Ulpian in fr. 32 pr. cit., aber das Eingreifen der *aequitas* betont sie ja deutlich genug. Daß ein *minus consecutus* als Voraussetzung der *in integrum restitutio* erwähnt wird, läßt sich keineswegs als eine Tendenz zur justinianischen „Solutionskonkurrenz" angreifen, da, wenn das beim Fruktuar befindliche Pekulium zur Befriedigung des Gläubigers hinreicht, Konsumption und Kondemnation nicht auseinanderfallen und daher für ein Einschreiten des Prätors kein Anlaß vorliegt. —

Schließlich gehört auch das Verhältnis zwischen dem *venditor* und dem *emptor servi*[4]) in die einfache Personenkonkurrenz. Denn wenn auch die *actio* gegen den Verkäufer notwendig *annalis* ist, so tritt deshalb noch keine Aktionenkonkurrenz im engeren Sinne ein, vielmehr höchstens eine bloße und unbeachtliche Formelkonkurrenz. Der Umstand, daß die Annalklage sich nicht nur durch die *exceptio annalis*, sondern durch eine auch sonst abweichende Formelfassung von der gewöhnlichen *actio de peculio* unterschied[5]), bewirkt noch keine materielle Verschiedenheit beider Klagen. Das

1) Vgl. ob. S. 243. — Doch kann das *itaque* natürlich von dem Überarbeiter stammen: so Beseler III 106, aber mit irriger Begründung.

2) Litiskont. 560 N. 9.

3) ZSSt. 19, 339 N. 1; nicht abweichend ZSSt. 20, 247 N. 1; vgl. auch Affolter, KrVJSchr. 42, 368.

4) Vgl. ferner Paul. D. 15, 1, 47, 6 und dazu u. § 156.

5) Vgl. Lenel 257, 274.

zeigt sich auch darin, daß möglicherweise die Klage gegen den *emptor* gleichfalls annal ist und daß ferner auch gegen dieselbe Person aus demselben Rechtsverhältnis bald mit der gewöhnlichen, bald mit der annalen Formel geklagt werden kann[1]), ohne daß damit eine Aktionenkonkurrenz hergestellt wird.[2])

Daß *venditor* und *emptor* nicht als *socii* erachtet werden, haben wir schon oben[3]) aus Ulp. D. 15, 1, 13 erfahren. Dem entspricht es, wenn Julian in D. eod. 37, 2 Satz 2 die Verurteilung des Käufers auf das bei ihm befindliche *peculium* beschränkt und dies mit dem Mangel einer Regreßklage gegen den Verkäufer begründet.[4]) Desgleichen hat der Käufer wegen seiner Forderungen an den Sklaven gegen den Verkäufer[5]) eine *actio de peculio (annalis)*, neben ihr aber als nunmehriger *dominus* das Deduktionsrecht; letzteres anscheinend erst seit Julian. Denn er erwägt in D. 15, 1, 11, 8 (bei Ulpian) über-

1) Vgl. Ulp. D. 15, 2, 1, 10.

2) S. ob. S. 27; vgl. auch u. S. 313. 3) S. 248.

4) Wenn Keller, Litiskont. 558 das fr. 37 § 2 cit. dafür verwertet, daß Julian eine Verurteilung des Käufers *in solidum* zugelassen, diesen also wie einen Sozius des Verkäufers behandelt habe, so beruht das anscheinend auf einer Verkennung des Schlußsatzes (gegen Keller vgl. auch Mandry, ZRG. 8, 404 ff., Solazzi, Bull. 17, 212 N. 1; zu Paul. D. 15, 1, 43 vgl. Solazzi a. a. O. 261 ff.). — In Wirklichkeit gliedert sich das Fragment also:

Satz 1: Frage, ob auf das *peculium* des Verkäufers eines Sklavenanteils bei der Verurteilung des Käufers oder des Eigentümers des anderen Sklavenanteils Rücksicht zu nehmen ist.

Satz 2 (s. Text): Klage gegen den Käufer: keine Rücksicht mangels Regresses gegen den Verkäufer.

Satz 3: Klage gegen den Miteigentümer *post annum*: keine Rücksicht mangels fortbestehender Passivlegitimation des Verkäufers gegenüber der *a. de pecul. (annalis)*.

Satz 4: Klage gegen den Miteigentümer *intra annum*: Rücksicht, da der Verkäufer (als *socius* des Miteigentümers) diesem regreßpflichtig (vgl. Solazzi a. a. O. 216 N. 1, wofern der Regreß [beim Verkauf *sine peculio*] nicht selbstverständlich ist) und der *a. de pecul. annalis* gegenüber passiv legitimiert ist. Den letzteren Grund drückt in einwandfreier Weise (anders Lusignani, Consum. process. 20 ff., Erman, ZSSt. 20, 247, Bonfante, Istit. [3. Aufl.] 126 N. 1) der mit *postquam placuit* anhebende Passus aus. In unserem Sinne Solazzi, Bull. 17, 208 ff., namentlich 215 f.

5) Nicht dagegen der Verkäufer gegen den Käufer; das beruht aber auf der ratio, daß der Verkäufer vor dem Verkauf *potuit hoc ex ratione peculii detrahere*: Ulp. D. 15, 1, 11, 7; vgl. ferner Gai. D. eod. 27, 4. 5. 7.

haupt erst die Möglichkeit der *deductio* und rechtfertigt sie dort treffend mit dem Hinweis auf den Dritten, der zwischen den Klagen gegen *venditor* und *emptor* wählen könne: *nam et quivis alius potest eligere, utrum cum emptore an cum venditore ageret: hunc igitur eligere pro actione deductionem.* Aber über die Art der Konkurrenz zwischen *actio* und *deductio* verlautet hier nichts, insbesondere ist auch das doppelte *eligere* bezeichnenderweise[1]) nach dieser Richtung hin durchaus unergiebig, da von einer prozessualen Konsumption zwischen *actio* und *deductio*[2]) nicht die Rede sein kann. Der Vergleich mit anderen Stellen, die gleichfalls aus Julian schöpfen, zeigt denn auch deutlich, daß es sich in fr. 11 § 8 cit. nur um die Rechtfertigung des Deduktions*rechtes* handelt. War dieses einmal statuiert, so wuchs es sich alsbald zu einer Deduktions*last* aus, insofern in innerer Konsequenz aus den die *actio de peculio* des Verkäufers gegen den Käufer verneinenden Erwägungen[3]) die *actio de peculio* des Käufers nur subsidiär zugelassen worden zu sein scheint für den Fall, daß er sich aus der *deductio* nicht oder nicht voll befriedigen konnte. Das erweisen Gaius (-Jul.) in D. eod. 27, 6 (*deducto eo*) und noch klarer (Jul.-) Paul. in D. eod. 47, 4 (*dum tamen* ...): Fragmente, denen für das ähnlich liegende Verhältnis zwischen Dominus und Fruktuar Jul. D. eod. 37, 3 i. f. (*deducto eo* . . .)[4]) und Ulp. D. eod. 19, 2 (*interdum*) an die Seite zu stellen wären.

Kehren wir zur Konkurrenz des Verkäufers und des Käufers gegenüber der *actio de peculio* zurück, so haben wir eine gleiche Behandlung zu erwarten, wie sie anderen Fällen der Nichtsociigruppe in fr. 32 pr. zuteil geworden ist. Daß Ulpian unseren Fall in demselben Zusammenhange dargestellt und entsprechend eine *restitutio in integrum* befürwortet hat, wird denn auch durch fr. 32 § 1 i. V. m. Ulp. fr. Arg. 2 wahrscheinlich gemacht.[5]) Deutlicher noch wird das Ergebnis in Ulp. D. eod. 30, 5, wo das doppelte *subveniri* (*debet*) sowohl auf die Konsumption der gegen den *emptor* gerichteten Klage wie auf die allgemeine Handhabung der Restitution in solchem Falle hinweist. Bezeichnend ist auch der folgende Satz, nach dem naturgemäß nicht blindlings restituiert wird, sondern nur insoweit, als der

---

1) S. ob. S. 41 ff., namentlich S. 43 N. 7, S. 44 N. 3.
2) S. ob. S. 28 N. 5. 3) S. ob. S. 259 N. 5.
4) Hierzu ob. S. 257. 5) Vgl. Lenel, ZSSt. 25, 370.

Gläubiger durch die Veräußerung des Sklaven in Nachteil geraten ist: sei es, daß der Verkäufer infolge Versäumnis des *annus utilis* oder infolge Erschöpfung des bei ihm befindlichen Pekuliums freigesprochen, sei es, daß er aus dem letzteren Grunde zu einer unzureichenden Summe verurteilt worden ist.[1]) Soweit dagegen der Gläubiger etwas *a venditore consequi potuisset*, also *intra annum* ein *peculium* zur Verfügung gestanden hätte und nur sachliche Einreden eine *condemnatio* gehindert haben, ergeht die Absolution oder geringere Kondemnation auch zugunsten des Käufers, und es findet deshalb eine Restitution insoweit nicht statt.

Ausdrücklich erwähnt wird die *in integrum restitutio* in Paul. D. 15, 1, 47, 3, dem Fragment, das neben fr. 32 pr. cit. seit langem im Mittelpunkt der Beachtung gestanden hat:

Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem utile iudicium Proculus ait, sed re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut simul cum emptore et cum venditore experiatur: satis enim esse hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore iudicio in alterum detur ei actio, cum electo reo minus esset consecutus: et hoc iure utimur.

Hat fr. 32 § 1 cit. die Konkurrenz: *venditor* + *emptor* zum Gegenstande, so betrachtet Proculus, dem Paulus hier, wie die Bemerkung am Schluß ersehen läßt, durchgängig folgt, den umgekehrten Fall *emptor* + *venditor*. Das Ergebnis ist aber, wie sich versteht[2]), dasselbe, und so führt auch Proculus am Schlusse die Erörterung auf einen allgemeineren Satz zurück, in dem beide Fälle mit den Ausdrücken *alterum* und *reo* zusammengefaßt werden. Wenngleich von einem Prozeß des *creditor* mit dem *emptor* nicht unmittelbar geredet wird, so kann doch wohl kein Zweifel darüber herrschen, daß der Gläubiger auf dem Wege gerichtlichen Zwanges *partem consecutus* hat.[3]) *Re integra* bringt den Gedanken an die *in integrum restitutio* nahe. Der folgende Satz spricht ihn geradezu aus, und am Schlusse wird das *partem consecutus* durch ein *minus consecutus* wieder aufgenommen, welches, wie *electo reo* nahelegt[4]), erst nach Klagerhebung

1) Unrichtig Lusignani a. a. O. 19 f., Erman, ZSSt. 20, 247, die im zweiten Satz *subveniri non debet* schreiben wollen. Auch diese Vermutung beruht auf der irrtümlich angenommenen Interpolation in D. eod. 32 pr.

2) S. ob. S. 148 f. 3) Anders Ferrini, ZSSt. 21, 198.

4) S. ob. S. 43; vgl. auch ebenda N. 2 und S. 42 N. 9.

stattgefunden hat. Bis in die jüngste Zeit hinein ist das Fragment denn auch unbefangen in dem Sinne gewürdigt worden, daß Proculus ganz wie Ulpian-Julian prozessuale Konsumption annahm und diese durch *in integrum restitutio* beseitigen ließ.[1]) Nichts anderes als ein *rescissorium iudicium* kann das *utile iudicium* sein, gleichviel ob *utile* schon auf Proculus bzw. Paulus zurückgeht, was sich mit der Zurückhaltung Tribonians gegenüber dem folgenden *rescisso superiore iudicio* begründen ließe, oder ob es — was wahrscheinlicher ist[2]) — von den Kompilatoren stammt, die das *rescissorium* hier ebenso wie in fr. 32 pr. cit. getilgt hätten. Insoweit ist m. E. irgendein Zweifel nicht berechtigt. Auch im Folgenden wird man noch gern zur Kenntnis nehmen, daß Proculus, indem er *re integra* das *dividere actionem* für unzulässig hält, den Gedanken anklingen läßt, als laufe auch die Gewährung des späteren *iudicium rescissorium* praktisch auf eine Klagteilung hinaus, und daß deshalb diese sichtliche Vereinigung des *experiri in partes* und des *experiri in solidum* mit folgender *in integrum restitutio* unter dem Begriff des *dividere actionem* eine sehr starke Stütze für die Auslegung bedeutet, die wir oben[3]) Julians *de peculio actio . . . scinditur* in D. eod. 14 angedeihen ließen.

Dagegen macht die Ablehnung der Möglichkeit *ut simul cum emptore et cum venditore* (*scil. in partes*) *experiatur* vorerst beträchtliche Schwierigkeiten, die noch kaum befriedigend gelöst sein dürften. Es sind ihrer zwei: die eine liegt darin, daß im gesamten klassischen Recht die Solidarbelangung zweier im Konsumptionsverhältnis stehender Schuldner immer nur als Privileg, nicht aber als Last des Gläubigers aufgefaßt wird, dieser also zur ratenweisen Belangung

1) Z. B. von Keller a. a. O. 557, Bekker, Aktionen II 338, Erman, ZSSt. 19, 333; auch v. Pokrowsky, ZSSt. 20, 120 ff.; irrig erst Erman, ZSSt. 20, 245 ff. (der *et hoc iure utimur* für itp. hält: s. dazu u. S. 263), Ferrini, ZSSt. 21, 197 f. (der an eine *i. i. rest. ex capite doli* glaubt), Affolter, Kr. VJSchr. 42, 367 f.

2) Hierfür spricht namentlich das sicher kompilatorische *competere* (vgl. auch Krüger zdSt.). — Wenn Ferrini a. a. O. statt *utile iudicium* vielmehr *annalem formulam* vermutet, so ist dem keinesfalls beizutreten: es muß hier im materiellen Sinne von *actio* oder *iudicium* die Rede und angedeutet gewesen sein, daß dessen Zuständigkeit auf außerordentlichem Eingreifen des Magistrats beruhte.

3) S. 256 f.

allgemein berechtigt ist[1]); zweitens findet dieser Satz gerade gegenüber der *actio de peculio* seine mehrfache Bestätigung: hinsichtlich der Nicht-Sociifälle durch Julian in D. eod. 14, hinsichtlich der *socii* durch Gaius (-Julian!) in D. eod. 27, 8 in einer Fassung, die deutlich zeigt, daß die Teilbelangung hier sogar als die Regel betrachtet wurde und die Ganzbelangung erst „gestattet" werden mußte. Der Versuch Ermans[2]), hier einen Gegensatz zwischen Proculus und Julian zu konstruieren, ist schon durch Ferrini[3]) abgewiesen worden; er muß, seitdem durch den Urtext des fr. 32 pr. die *in integrum restitutio* als ein Bestandteil auch der julianisch-ulpianischen Lehre aufgezeigt ist, als erledigt gelten und wird durch das Folgende noch weiter entkräftet werden; erwähnt sei hier nur das zweifellos mit dem im fr. 32 pr. geschilderten Rechtszustande rechnende *et hoc iure utimur* des Paulus in unserem Fragment. So nähert man sich von selbst dem Wege, den Ferrini beschritt, als er das Teilungsverbot[4]) für singulär und bloß auf den Fall des *emptor-venditor* anwendbar erklärte, der möglicherweise durch die Annalität der einen Klage einen besonderen Charakter erhalten habe.

Aber ehe man dieser Erwägung näher treten kann, fragt es sich, ob sie nicht angesichts Gai. D. 15, 1, 27, 3 von vornherein indiskutierbar wird. Dort sagt Gaius:

Illud quoque placuit, quod et Iulianus probat, omnimodo permittendum creditoribus vel in partes cum singulis agere vel cum uno in solidum.

Freilich bedarf es erst einer Feststellung, daß die Stelle wirklich unseren Fall betrifft. Denn Mommsen will *creditoribus* durch *creditori pluribus heredibus venditoris existentibus* ersetzen und hat damit bei Rudorff[5]), Pokrowsky[6]) und Erman[7]) Zustimmung

1) Pomp. D. 30, 8, 1; Pap. D. 45, 2, 11 pr.; 46, 1, 51, 2; Ulp. D. 45, 2, 3, 1 (s. ob. S. 183 f.); Paul. D. 17, 1, 59, 3; C. 8, 40, 23. — Vgl. auch Perozzi, Istit. II 101 N. 3.

2) ZSSt. 20, 245 ff.; ihm folgt Solazzi, studi Moriani 152.

3) ZSSt. 21, 197 f.; vgl. auch Kübler ebd. 25, 439 (ohne nähere Begründung).

4) Dieses selbst steht m. E. fest. Wenig befriedigend ist des Stephanos (schol. 193 zu Bas. 18, 5, 47, 3; Zachar. suppl. 229) Versuch, das Verbot auf den Fall der Gleichzeitigkeit der Teilprozesse zu begrenzen. 5) ZRG. 6, 444.

6) ZSSt. 20, 121 N. 3, der Mommsens Vorschlag, ohne ihn als solchen kenntlich zu machen, einfach in den Text aufnimmt.

7) ZSSt. 20, 245 und dort N. 1, S. 247 („für den Rekursfall").

gefunden. Aber schwerlich mit Recht.[1]) Die einheitliche Darstellung von fr. 27, 2 bis fr. 27, 7 erwähnt einen Erbenfall nirgends; sie hat nur die *alienatio servi* zum Gegenstande, und gerade der § 3 steht unmittelbar hinter den einleitenden Worten des § 2 an einer Stelle, an der man, wenn die Konkurrenz zwischen Verkäufer und Käufer nicht behandelt wäre, sie beinahe vermissen müßte. Von dieser Konkurrenz versteht die Stelle auch Keller[2]); er legt aber einen ganz anderen Sinn in sie hinein, indem er *agere* hier nicht von der *litis contestatio*, sondern von der Kondemnation versteht.[3]) Nun ist es ja richtig, daß es sich in unserem Zusammenhang vielfach so verwandt findet[4]), aber gerade Gaius braucht im Laufe derselben Darlegung im § 8 *in solidum experiri* technisch[5]), und wie dort, so fordert hier gerade das *permittendum* die technische Bedeutung; auch ist der Gegensatz *in partes* und *in solidum* für die Frage der Teilbelangung charakteristisch. Entscheidend ist endlich sachlich, daß, wäre *agere* = *condemnare*, Julian den *venditor* und den *emptor* als *socii* hätte betrachten müssen, was von Keller ja auch in der Tat angenommen, in Wirklichkeit aber durch die bereits betrachteten Fragmente D. 15, 1, 11, 8; eod. 13; eod. 27, 6; eod. 37, 2; eod. 47, 4 ohne weiteres widerlegt wird.

Hält somit Julian in einem das Verhältnis von Käufer und Verkäufer behandelnden Zusammenhange Teil- und Ganzbelangung nebeneinander für zulässig, so muß das allerdings ernstliche Verwunderung erregen. Julian und Gaius sollen hier gar kein Bedenken gehabt haben, während ebenso bedenkenfrei Paulus den Ausschluß der Teilungsmöglichkeit als zu seiner Zeit Rechtens betrachtet? Das ist bei der Autorität Julians für die späteren Klassiker schwerlich denkbar; noch schwerer erklärlich vielleicht, daß weder Gaius noch Paulus von der Existenz einer Meinungsverschiedenheit auch nur andeutungsweise etwas verlauten lassen. Auch sprachlich scheinen beide Fragmente keinen verräterischen Anstoß zu bieten — abgesehen von dem *creditoribus*, an dem, wie berichtet, Mommsen Anstand genommen hat. Betrachten wir nun aber das *creditoribus* nur in Beziehung auf den Satz, in dem es steht, so bemerken

---

1) So auch Solazzi, st. Moriani 148 f.; vgl. schon Mandry, ZRG. 8, 407 N. 24. 2) 558.

3) Hiergegen auch Mandry, ZRG. 8, 406 ff., Solazzi, st. Moriani 152 N. 69. 4) S. ob. S. 246 ff. 5) S. ob. S. 251 f.

wir, daß es in ihm, sehen wir einstweilen von dem Zusammenhang ab, mit den übrigen Worten auf das trefflichste zusammenstimmt. Wäre der § 3 im Tit. 45, 2 oder sonst irgendwo selbständig überliefert, so würde niemand daran zweifeln, daß wir einen allgemein auf *rei promittendi* bezüglichen Ausspruch vor uns hätten, in dem der Plural sachlich sehr am Platze war. Das um so mehr, als — was vor allem ins Gewicht fällt — weder von dem Fall des Verkäufers und Käufers noch von der *actio de peculio* überhaupt irgendwie gesprochen wird. Mommsens Korrektur ordnet das Fragment zwar in die spezielle Lehre der *actio de peculio* gegen den Verkäufer des Sklaven ein, nimmt ihm aber gerade dadurch die charakteristische Farbe. Auf einer Stufe mit dem *creditoribus* stehen die allgemeinen Ausdrücke *agere*, *in partes*, *in solidum*, *cum singulis*, *cum uno*: wäre von dem Fall des § 2 die Rede gewesen, so hätte es nicht nur *creditori*, sondern auch *altero — altero* heißen müssen, und namentlich das nur bei einer unbestimmten Zahl Beteiligter korrekte *singuli* bliebe unerklärt. Dieser Sachverhalt scheint uns das unabweisliche Ergebnis zu liefern, daß Julian im jetzigen § 3 von dem Veräußerungsfall nur mittelbar[1], unmittelbar dagegen allgemein von dem Recht des Gläubigers auf Teilbelangung der Gesamtschuldner gehandelt hat. Was soll ihn nun zu der Erwähnung eines so allgemein anerkannten Satzes inmitten einer Spezialfrage veranlaßt haben? Schwerlich etwas anderes als die Ausnahme, die er davon in unserem Falle zu begründen im Begriffe stand. Das *omnimodo permittendum creditoribus* verlangt geradezu nach einem Gegensatz wie der: „Im allgemeinen ist es Gläubigern gestattet, entweder *in partes* . . . oder . . . *in solidum* zu klagen. *In emptore et venditore* aber . . . *re integra non esse permittendum actori dividere actionem, ut* . . . (D. eod. 47, 3).“ Aus welchem Grunde die Kompilatoren, denen übrigens eine Befugnis zur Teilklage zweifellos auch in unserem Falle genehm gewesen wäre, den Rest gestrichen haben, ist heute nicht mehr auszumachen; daß sie etwas getilgt haben, wird jeder zugeben, der an der Stelle, wo er eine Entscheidung der Konkurrenz bei der *actio de peculio* sucht, unmotiviert einen Gemeinplatz aus der allgemeinen Gesamtschuldlehre findet.

1) Unmittelbar von diesem Falle versteht die Stelle wohl die Mehrheit der Schriftsteller: z. B. Mandry, ZRG. 8, 407, Solazzi, st. Moriani 127, 148 f., 152 N. 69.

Daß in der zweifellosen Lücke Julian dasselbe gelehrt haben wird, wie es uns in fr. 47 § 3 cit. Paulus von Proculus überliefert: dem stehen sprachliche Gründe nicht entgegen; allgemeine Gründe aus der Juristengeschichte haben es wahrscheinlich gemacht; sachliche Gründe treten hinzu. Was stand hier der Zulassung von Teilklagen im Wege? Hätte man nur eine Vervielfältigung der Prozesse vermeiden wollen, so wäre die Teilbelangung im Rechte der *rei promittendi* allgemein auszuschließen gewesen, womit dem Gläubiger, dem als Gegengabe eine generelle *in integrum restitutio* in Aussicht gestanden hätte, ganz gewiß gedient gewesen wäre. Hätte man Teilklagen nur da gestattet, wo dem Gläubiger *socii* gegenüberstanden, so wäre die Teilbelangung von Miterben gleichfalls unzulässig gewesen (s. aber D. eod. 14). Es greift hier vielmehr der oben[1] angedeutete Gesichtspunkt Ferrinis ein. Allerdings kaum in seinem Sinne, als ob die Verschiedenheit der Formel der *actio annalis* gegenüber der gewöhnlichen Formel eine Rolle gespielt hätte: diese Erscheinung erschöpft sich darin, daß sie eine Formelkonkurrenz hervorzurufen vermag.[2] Dagegen ist die Inkompatibilität beider Klagen sehr wohl zu verstehen, wenn man bedenkt, daß die eine Klage die Fortwirkung gerade des Zustandes zum Gegenstande hat, der durch die die andere Klage begründende Tatsache beseitigt worden ist. Man stellte es dem Gläubiger innerhalb eines Jahres nach der Veränderung frei, ob er sich an den alten Rechtszustand halten oder auf den Boden der neuen Sachlage stellen wollte. Ihm dagegen beide Wege zugleich offenzuhalten, erschien den Klassikern mit Recht als ein Mangel an innerer Folgerichtigkeit und Eleganz, den man, da es keiner Partei Interesse gebieterisch forderte, nicht in Kauf zu nehmen brauchte.

Von hier aus läßt sich übrigens eine gleiche Behandlung der anderen Fälle vorstellen, in denen sich die gewöhnliche Klage und die Annalklage gegenüberstanden: wenn etwa der *dominus* mit dem Fruktuar oder dem *bonae fidei possessor* nach Wegfall des diese passiv legitimierenden Umstandes konkurrierte.[3]

b) Für die *actio exercitoria* gelten unsere obigen[4] allgemeinen Erörterungen gleichfalls, so daß hier weniges genügen kann. Werden mehrere Exerzitoren aus einem Geschäft des Magisters auf

1) S. 263. 2) S. ob. S. 258 f. 3) S. ferner u. § 156. 4) S. 238 ff.

das Ganze verpflichtet, so muß Konsumptionsverhältnis zwischen ihnen Platz greifen. Zur Rechtfertigung der *eadem res* braucht man auch hier nur auf die *eadem intentio* zu verweisen, die von der Verschiedenheit der in der *demonstratio* und der *condemnatio* auftretenden *exercitores* nicht berührt wird. Gleiches ergibt sich, wenn man nach Klaggrund und Klagziel gesondert forscht. Die Einheit der *causa* steht außer Zweifel[1]), die des Zieles erhellt aus den früheren Ausführungen, ohne daß es einen Unterschied macht, wie die *actio directa* formuliert ist.[2]) Ohne Belang ist daher auch die einer *actio in factum* hier stets innewohnende reipersekutorische Funktion, die, da die Klage ja an den Bestand eines Pekuliums nicht gebunden ist, ihre Wirkungen anderwärts hat entfalten können.[3]) — Ob die *de eadem re* haftenden Exerzitoren solidarisch oder *pro rata* belangbar sind, wird mit der uns schon bekannten Begründung des Gaius[4]) im ersteren Sinne entschieden, falls der Magister von allen Exerzitoren bestellt, d. h. alle zu vertreten in der Lage ist[5]), wobei Paulus durchaus im Sinne unserer obigen Ausführungen[6]) hinzufügt, daß dieser Tatsache gegenüber (in der Wirkung nach außen hin) das Verhältnis der Anteile am Schiff zurücktritt.[7]) Und Entsprechendes gilt natürlich, wenn auf Grund der Endklausel des Edikts[8]) gegen mehrere Eigentümer des *servus exercitor* statt der *actio de peculio* die *actio exercitoria* gegeben wird.[9]) Ist dagegen der eine Magister nur von dem einen Exerzitor, der andere von einem anderen Exerzitor präponiert, ist also die Vertretungsmacht des einzelnen eine beschränkte, so entstehen auch gesonderte *actiones exercitoriae*[10]), die sich, wenn dasselbe Geschäft in Frage steht, in ihrem Ziele zueinander ebenso verhalten wie die Anteile der einzelnen Exerzitoren an dem Geschäft (der *exercitio*), nicht an dem Schiff.[11]) Diese Sätze müssen zur Beleuchtung dessen genügen, in welcher Weise jene Vorfrage der Konkurrenzlehre geregelt wurde. — Über die Regelung der Konkurrenz selbst fehlt

1) Gerade die *actio exercitoria* ist ja Gegenstand des schon ob. S. 151 N. 3 angeführten D. 14, 1, 1, 24. 2) S. ob. S. 152 f.

3) Ulp. D. 14, 1, 4, 4: *Hae actiones perpetuo et heredibus et in heredes dabuntur.* 4) D. eod. 2; dazu ob. S. 240 N. 7. 8.

5) D. eod. 1, 25; eod. 4, 1. 6) S. 240. 7) D. eod. 3.

8) D. eod. 1, 19; dazu Lenel 249. 9) D. eod. 4, 2; eod. 6, 1.

10) Und gegen den, der weder jemanden präponiert noch sich sonst an dem Geschäft beteiligt hat, überhaupt keine *actio*; vgl. auch die Formel bei Lenel 255. 11) D. eod. 4 pr.

es an einem unmittelbaren Beleg. Das nach unserer Grundanschauung[1]) hier mittelbar zu verwertende Fragment über die doppelte Konkurrenz D. 14, 1, 1, 24[2]) bestätigt jedoch als Ergebnis das Konsumptionsverhältnis.

c) Durchaus gleichartig liegt die Personenkonkurrenz gegenüber der *actio institoria* sowohl in ihrer inneren Struktur wie dem Quellenstande nach. Dem Ulp. D. 14, 1, 4, 4 entspricht Ulp. D. 14, 3, 15; über die Ganzhaftung handeln Ulp. D. 14, 3, 13, 2 und Paul. D. eod. 14, und die Ordnung der Konkurrenz selbst bildet nirgends den Gegenstand der Betrachtung; auch hier wohl deshalb nicht, weil die Formel über die *eadem res* keinen Zweifel ließ und die Bejahung der Ganzhaftung daher ohne weiteres zur Annahme des Konsumptionsverhältnisses führte.[3]) — Auf fr. 13 § 2 haben wir schon oben[4]) hinweisen müssen, weil es die Frage der Ganzhaftung als noch zu Julians Zeiten streitig kennzeichnet und die Entscheidung unter ausdrücklicher Beziehung auf das *exemplum exercitorum et de peculio actionis* bringt. Das bedarf nun näherer Ausführung. Die Frage Julians ist sehr ausführlich, da er, wie das selten geschieht, für den Fall der Annahme einer Ratenhaftung auf die verschiedenen Gesichtspunkte hinweist, die für die Bildung der Raten maßgebend sein könnten (Teilung nach Köpfen, nach Eigentumsanteilen und nach Geschäftsanteilen). Darauf geht er jedoch nicht weiter ein, weil er sich mit *verius esse* für Ganzhaftung entscheidet: *in solidum unumquemque conveniri posse.* Würden wir diesen Satz im Rechte der *actio de peculio* finden, so müßten wir weiter fragen, ob *conveniri* hier technisch = *litem contestari* oder untechnisch = *condemnari* gebraucht sei.[5]) Im Rechte der *actio institoria* ist eine solche Frage aber so wenig möglich wie in dem der *actio exercitoria*; denn mangels eines Pekuliums gibt es hier kein *condemnari in solidum peculium* oder *pro parte peculii*, also überhaupt keinen prinzipiellen Unterschied zwischen der *in litem* deduzierten und der in die Kondemnation aufzunehmenden Summe. Wie in jedem den Schuldner ohne Einschränkung verhaftenden Rechtsverhältnis, so zieht das *litem contestari in solidum* das *condemnari in solidum* ohne weiteres nach

1) Ob. S. 9 ff. 2) S. darüber u. S. 331 ff.
3) Vgl. Mandry, FamiliengüterR. II 273, Binder 130 N. 44.
4) S. 240 N. 5. 7. 5) S. 246 ff.

sich. So ist es denn bezeichnend, daß Ulpian das Bestehen eines Regresses zwischen den Geschäftsherren bloß durch ein *et* koordiniert mitteilt und es nicht als kausal mit der Ganzhaftung in Beziehung setzt. Wenn also neben dem *exemplum exercitorum* noch das der *actio de peculio* genannt ist, so kann das nur die Bedeutung haben, daß auch bei ihr das *in solidum litem contestari* seinen Grund hat in der bei beiden Klagen ausgesprochenen Erwägung, daß es unbillig sei, den Gläubiger *in plures adversarios distringi.*

Hiermit stimmt nach jeder Richtung hin der erste Satz des fr. 14 zusammen, das im ganzen lautet:

Idem erit et si alienus servus communi merci praepositus sit: nam adversus utrumque in solidum actio dari debet et quod quisque praestiterit, eius partem societatis vel communi dividundo iudicio consequetur. certe ubicumque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque pro parte sua condemnari oportere constat, veluti si is, cuius servo creditum est, duobus heredibus institutis ei servo libertatem dederit: nam heredum quisque pro sua parte conveniendi sunt, quia cessat inter eos communi dividundo iudicium.

Das *conveniri* ist hier zu einem *actio dari debet* verdeutlicht, der Regreßgedanke gleichfalls durch *et* nur äußerlich angefügt. — Um so größere Verwunderung muß alles von *certe* ab folgende erwecken. Betrachten wir zunächst den ersten Satz (bis *dederit*)[1], so wird hier ganz im Widerspruch zu dem Voraufgehenden wie zum fr. 13 das Regreßrecht auch für die Haftung gegenüber dem Gläubiger als der maßgebende Faktor angesehen und als Folge des Fehlens solchen Regresses ein *pro parte sua condemnari* als allgemein anerkannt (*constat*) festgestellt, also die Kondemnationssumme zu der *in litem* deduzierten Summe in einen Gegensatz gebracht. Aber so unvollziehbar diese Vorstellungen bei der *actio institoria* wie bei jeder von Natur einer einschränkenden *condemnatio* entbehrenden Klage sind, so sehr rufen sie sofort die Erinnerung an die *actio de peculio* wach, bei welcher in der Tat, wie oben dargestellt[2]), alles das *constat*:

1) Auch Berger, Teilungsklagen 178 f. nimmt an ihm Anstoß, versteht ihn aber von der *actio institoria* und kommt zu keiner Lösung, weil er den Unterschied zwischen solidarischer Belangung und solidarischer Verurteilung übersieht. S. dazu ob. S. 242 N. 2.

2) S. 241 ff., insbes. S. 250 N. 2, 251 N. 1.

die Erheblichkeit des Regreßrechts für die Höhe der *condemnatio.*[1]) Und das ist nicht das einzige, was, wäre der Passus *certe . . . dederit* im vierten Buch *ad Plautium*, in dem Paulus auch die *actio de peculio* behandelte[2]), als selbständiges Fragment überliefert, uns bestimmen müßte, ihn zu der *a. de peculio* und nicht zur *a. institoria* zu ziehen. Das zur Erläuterung verwendete Beispiel enthält nicht einen einzigen Ausdruck, der im Bereich der *actio institoria* technisch wäre. Auch bespricht es einen für diese *actio* gar nichts ausgebenden Fall; denn ob der Sklave Eigentum des Geschäftsherrn ist, darauf kommt es gerade nach dem Eingang der Paulusstelle gar nicht an, und ob der Institor *servus* oder frei ist, d. h. das Moment der Freilassung ist für den Fortbestand der Haftung des Geschäftsherrn ebensowenig von Erheblichkeit.[3]) Für die *actio de peculio* dagegen ist der Tatbestand *cuius servo creditum est* höchst wesentlich und der Fall der Freilassung im Testament unter Einsetzung mehrerer Erben uns als Beispiel der Annalklage schon vertraut.[4]) Nimmt man hinzu, daß Paulus, wennschon er den zweiten Satz auf den ersten hätte folgen lassen, ganz gewiß nicht zu einer für den *alienus servus* gegebenen Entscheidung ein auf den eigenen Sklaven abzielendes Beispiel gewählt hätte, so dürfte feststehen, daß die Verquickung der beiden an sich echten Sätze nicht auf den Klassiker zurückgehen kann. Sie wird von einem Überarbeiter stammen, der durch die Erwähnung der *actiones pro socio* und *communi dividundo* dazu angeregt wurde, den ihm in dem gleichen Buche des Paulus begegnenden, von den gleichen Aktionen handelnden Ausspruch hinzuzufügen.

Bei der *actio institoria* gilt für den Erbenfall auf der Passivseite nach keiner Richtung hin etwas Besonderes. Wird der (alleinige) Geschäftsherr des Institors von mehreren beerbt, so teilt sich die *actio* gegen die Erben ebenso *ipso iure* wie unter den Erben etwa des Stipulationsschuldners.[5]) Von der Entstehung irgendeines Kon-

1) Zu *pro parte sua* ist *peculii* hinzuzudenken genau etwa wie in D. 15, 1, 30, 1. 2) Vgl. z. B. D. 15, 1, 47 (insbes. das princ. daselbst).

3) Vgl. Pap. D. 14, 3, 19, 1. 4) Vgl. D. 15, 1, 14 pr.; eod. 29 pr.

5) Oder wie unter den Erben des mit der *actio quod iussu* Haftenden: Scaev. D. 14, 5, 7, ein Fragment, das die doppelte Konkurrenz: *actio directa* gegen den *filius* ∽ *actio quod iussu* gegen die Erben des *pater* (einschließlich des *filius*) aufstellt, aber nicht entscheidet.

sumptionsverhältnisses kann, wenn nicht etwa die Erben das *praeponere* des Institors erneut vornehmen und alsdann in diesem *praeponere* der selbständige Verpflichtungsgrund liegt[1]), keineRede sein.[2]) Würdigt man dies, so ist auch der Schlußsatz *nam ... iudicium* nicht auf die *actio institoria* zu beziehen. Denn weder bedarf hier die Teilbelangung der Erben des Argumentes aus dem Regreßrecht, noch ist das Argument in solcher Allgemeinheit richtig, da ja, wofern nicht eben Forderungen zu teilen sind, das *iudicium familiae herciscundae* oder *communi dividundo* unter Erben doch gewiß nicht *cessat.* Falsch wäre der Satz nur dann nicht, wenn er den vorhin erwähnten speziellen Fall der *actio de peculio annalis* beträfe und *conveniendi* im Sinne von *condemnandi* zu verstehen wäre; aber auch dann wäre *conveniendi sunt* statt *conveniendus est. pro sua parte* statt des davor stehenden *pro parte sua* nicht schön. In jedem Falle ist der ganze Satz, weil er weder sachlich noch auch nur stilistisch irgend etwas Neues bringt, überflüssig und das einleitende *nam* verfehlt. Ob er als Interpolation oder Glossem aufzufassen ist, muß dahingestellt bleiben[3]); vielleicht ist er im Zusammenhang mit der Bearbeitung des Vorangehenden entstanden.

d) Daß mehrere *domini* der *actio tributoria* gegenüber im Konsumptionsverhältnis stehen, läßt sich mit Sicherheit entnehmen zum einen Teil aus den zu a—c gewonnenen Ergebnissen, zum anderen Teil aus den obigen Betrachtungen[4]) über die Formel der *actio tributoria* und ihr Verhältnis zur *actio de peculio.* Ein unmittelbarer Quellenbeleg liegt nicht vor. Denn aus dem ersten Satze in Ulp. D. 14, 4, 3 pr. ist nur zu entnehmen, daß der Kläger zwischen mehreren *domini scientes* ein Wahlrecht hat, von diesen also jeder

---

1) Richtig Berger, Teilungskl. 179.

2) Sehr zutreffend Lenel 258 N. 2 und 3, der mit Recht den Umstand, daß die Teilbelangung hier nicht in der *intentio*, sondern erst in der *condemnatio* zum Ausdruck kommt, mit Rücksicht auf die ausdrückliche den Erbanteil erwähnende Fassung der *condemnatio* für unerheblich hält (vgl. auch Lenel 275). — Der von Lenel dort betonte Unterschied von der *actio de peculio annalis* (entgegengesetzt Solazzi, st. Moriani 128 f.) ist ein neues sachliches Indiz dafür, daß Paulus die auf die letztere Klage zugeschnittene Erläuterung nicht für die *actio institoria* gegeben haben kann.

3) Berger 179, der hinsichtlich des *nam*-Satzes zum Teil dieselben Anstände erhebt, entscheidet sich für die Kompilatoren.

4) S. 154 ff.

(nicht *pro rata*, sondern) auf das Ganze haftet.[1]) Mittelbar bestätigt jedoch dieses Fragment im weiteren Verlauf unsere Erwartung, weil die dort besprochene doppelte Konkurrenz einen Schluß auf die einfache gestattet.[2])

e) Das nach alledem zu vermutende und innerlich keiner weiteren Erklärung bedürftige Konsumptionsverhältnis gegenüber der *actio quod iussu* wird bewiesen durch Paul. D. 15, 4, 5, 1:

Si unus ex servi dominis iussit contrahi cum eo, is solus tenebitur: sed si duo iusserunt, cum quovis in solidum agi potest, quia similes sunt duobus mandantibus.

Hier wird zunächst die Ganzhaftung mehrerer belegt, das *in solidum agi* aber weiter von Paulus, der eine Kumulation eben gar nicht in Betracht zieht, gleich dahin verstanden, daß die *litis contestatio* mit dem einen *dominus* den anderen befreit. Dies erhärtet der naheliegende Vergleich mit den beiden Mandatoren, für die das Konsumptionsverhältnis nach den obigen[3]) Ausführungen feststehen dürfte. Freilich nur dann, wenn das Mandat gemeinsam erteilt ist: indessen ist auch das wenigstens mittelbar aus dem Fragment zu entnehmen.[4])

§ 26. 10. Actio aquae pluviae arcendae.

Über die einfache Personenkonkurrenz ist selten so vieles im Zusammenhange überliefert wie bei der *actio aquae pluviae arcendae*: der Ediktskommentar des Ulpian bringt dazu die Stücke D. 39, 3, 6 pr. § 1, der des Paulus D. eod. 11 §§ 1—4. Aber nur ein ganz geringfügiger Teil von alledem fällt in den Kreis unserer unmittelbaren Betrachtung. D. eod. 6, 1 und eod. 11, 1 teilweise sowie eod. 11, 4 ganz gehören zur aktiven Konkurrenz.[5]) — D. eod. 6 pr. berührt zwar die passive und erweist weitergehend mit dem *vel—vel* die Möglichkeit der Belangung auf das Ganze, gestattet aber einen Einblick in die Behandlung der Konkurrenz nicht, da *vel—vel* lediglich die Kumulation in concreto verneint[6]) und *omisso primo* über die Art und Weise, wie das *omittere* vor sich geht, gleich-

1) Wegen *uterlibet* s. u. S. 286 N. 6. 2) S. u. S. 337 ff. 3) S. 194 ff.

4) S. ob. S. 195 f. Daß das *iussum* gemeinsam gegeben wird, ist natürlich nicht erforderlich, weil, wie dargetan, für die Konsumption ja nur der Vertrag des Sklaven beachtet wird.

5) Darüber u. § 40. 6) Vgl. ob. S. 48.

falls nichts verrät, zumal *omittere actionem* eher an nichtzivile Konsumption denken ließe.[1]) Alles übrige fast handelt von der Frage, ob die mehreren Eigentümer des *ager*, *unde aqua noceat*, *pro parte* oder auf das Ganze haften: einer Frage, die nach der Überlieferung die klassischen Juristen in verschiedene Lager gespalten hat, nach den sachlich nicht abzuweisenden, in sprachlicher Hinsicht aber verblüffend wenig Material findenden Interpolationsbehauptungen neuerer Schriftsteller dagegen ein Feld eifriger Betätigung der Kompilatoren gewesen ist.[2]) Dieses schwierige, mit den Mitteln der Konkurrenzlehre nicht angreifbare Thema muß hier beiseite bleiben, da es nur das Ob der Konkurrenz betrifft.[3])

Uns muß es genügen, daß die von den erwähnten Schriftstellern als allein klassisch verfochtene Haftung *in solidum* sehr wahrscheinlich mindestens die vorherrschende Meinung gewesen ist und als solche dem Cassius Anlaß gegeben hat, in Paul. D. 39, 3, 11, 1 i. f. das Wie der Konkurrenz zu erörtern. Außerdem läßt das Bestehen jener von Julian in § 3 eod. eingehend erwogenen Zweifelsfrage erkennen, daß die Klassiker *eadem res* angenommen haben.[4]) Das bestätigt der Schluß des fr. 11 § 1, wo Cassius parallel zu der vorher für die aktive Konkurrenz getroffenen Entscheidung schreibt:

Item si cum uno actum sit [et si praestiterit], ceteros liberari idque, quod sociorum nomine datum sit, per arbitrum communi dividundo reciperari posse.

Über die Interpolation des *et si praestiterit*, mittels derer die Byzantiner wieder einmal die Prozeßkonsumption durch die Solutionsbefreiung ersetzt haben, ist kein Wort mehr zu verlieren, nachdem Eisele[5]) sie mit durchschlagenden Gründen dargetan und allenthalben Zustimmung gefunden hat.[6])

---

1) S. u. § 83.

2) Vgl. Ferrini, Pand. (3. Aufl.) 568 N. 3 wegen D. eod. 6, 1 und eod. 11, 3; Baviera, Scritti giur. I 160 ff. wegen dieser Stellen und D. eod. 11, 2. An sie (wegen fr. 11, 3 bald an F., bald an B.) schließen sich an: Perozzi II 114 N. 1, P. Krüger zdSt., Beseler II 98, III 95, Berger, Teilungsklagen 157 f., 176 N. 3, de Francisci, Azioni penali 28 N. 4; zweifelnd Arangio-Ruiz, Bull. 21, 242 N. 1 a. E. Wegen ähnlicher Stellen s. Eisele, ZSSt. 30, 120 f. — Vgl. ob. S. 240 N. 1.

3) Vgl. ob. S. 178 f. 4) S. ob. S. 178. 5) 77, 441 ff.

6) Ascoli, Bull. 4, 290, Binder 80 ff., Ferrini a. a. O., Baviera I 164,

Um so dringlicher erhebt sich die Frage, wie denn dieses Konsumptionsverhältnis von innen heraus zu erklären ist. Einen Hinweis, den auch Eisele[1]) angenommen hat, scheint Paulus im weiteren Verlauf seiner Darstellung (§ 3) selbst zu bieten, wenn es zugunsten der *condemnatio in solidum* vergleichsweise heißt: *quemadmodum, cum servi communis nomine noxali iudicio cum uno agitur, condemnatio in solidum fiet, [quoniam quod praestiterit potest a socio recipere]*.[2]) In Wirklichkeit ist damit für unsere Zwecke nichts anzufangen. Zunächst steht dort bei Julian nicht das Verhältnis mehrerer Beklagter zueinander in Rede. Aber auch wenn man im Sinne Julians hinzudenken zu dürfen meint, daß er zugleich auf das Ergebnis der Konkurrenz, die ja in der Tat gegenüber der Noxalklage gleichfalls ein Konsumptionsverhältnis erzeugt[3]), habe hindeuten wollen, so sind die Fälle doch innerlich keineswegs vergleichbar, da der *dominus* im Noxaljudizium nach dessen Wesen für fremde Tat (*alieno nomine*) einsteht, der Eigentümer des gefährdenden Grundstücks aber unter dem ganz andersartigen Gesichtspunkt eben als Eigentümer *suo nomine*[4]) schuldet, gleichviel ob ein anderer oder er selbst das *opus* hergestellt hat. Julian selbst beschäftigt hier nur die Frage, ob das *in solidum conveniri* notwendig ein *in solidum condemnari* zur Folge habe; hierzu zieht er sehr passend das Noxaljudizium heran, bei welchem diese Erscheinung feststand.

Unleugbar scheint dagegen eine gewisse Verwandtschaft der *a. aq. pluv. arc.* mit dem *interdictum quod vi aut clam.* Einmal ist wohl in der Regel der Tatbestand, der die *actio* begründet, auch dem Interdikt unterworfen gewesen, so daß das Interdikt gegen den *dominus* des gefährdenden Grundstücks mit der *actio* konkurriert und gegen den Nichteigentümer allein gegeben ist.[5]) Weiter-

---

Perozzi II 114 N. 1, P. Krüger zdSt., Arangio-Ruiz, Bull. 21, 242 N. 1 a. E., Berger, Teilungskl. 157, Biondi, Actiones arbitrariae I 90 N. 1.

1) A. a. O. 442.

2) Ob der Vergleich von Julian oder Paulus herrührt, machen die mitten in die indirekte Rede hineingesprengten Indikative zweifelhaft. Der *quoniam*-Satz, an dem schon Baviera I 162 N. 1 und Berger 176 f. Anstoß genommen haben (vgl. auch Beseler III 65), ist sachlich abwegig und dürfte Glossem sein.

3) S. u. S. 309 ff. 4) Paul. D. eod. 7 pr.; zu diesem Fragment s. u. S. 279.

5) Für die Konkurrenz vgl. Paul. D. 39, 3, 5 i. f. (*etiam*); im übrigen Ulp. D. eod. 4 §§ 2. 3; Paul. eod. 5; Gai. eod. 13; Paul. eod. 14 pr. § 3.

besteht die formelgemäße *restitutio operis* bei beiden Rechtsbehelfen bald in der Beseitigung der schädigenden Vorrichtung auf Kosten des Beklagten, bald in dem bloßen *tollere pati*, je nachdem er selbst oder ein anderer sie angebracht hat.[1]) Dieser die Passivlegitimation bei unserer Klage ins Licht stellende Umstand scheint zu einer Erweiterung des Kreises der analogen Klagen zu führen. Ist das *interd. quod vi aut cl.* wie die *a. quod metus ca.* nur zu einem Teile *in rem scripta*, insofern neben der *res* noch die Tat passiv legitimiert, so ähnelt die *a. aq. pluv. arc.* mehr der *a. Fabiana*[2]), insofern bei diesen beiden die *res* ausschließlich den Beklagten bezeichnet[3]); freilich — was alsbald zu würdigen sein wird — *res* in recht verschiedenem Sinne gebraucht, bald streng von quiritischem Eigentum, bald sehr weit und mehr wirtschaftlich als juristisch von der Innehabung eines Wertkomplexes.[4]) Aber ein Zufall ist es gewiß nicht, wenn Ulpian gerade bei diesen beiden Klagen es für nötig hält, davor zu warnen (*sciendum est*), daß sie nicht *in rem*, sondern *in personam* seien.[5]) — Wollte man nun aus diesen Analogien das

1) Einerseits Paul. D. 43, 24, 16, 2 (Levy, Priv. 86 ff.); andererseits z. B. Ulp. D. 39, 3, 6, 7 erste Hälfte; vgl. auch Paul. D. eod. 5. 7 pr. und weitere von Beseler III 93 ff. angef. Belege. Daß einige von den letzteren überarbeitet sind, wird nicht zu bestreiten sein. Sicher geht es aber fehl, wenn B. den *dominus* (außer für Handlungen seiner Rechtsvorgänger) im klassischen Recht nur dann haften läßt, wenn er selbst (oder ein anderer mit seinem Wissen) *opus fecit*, und dementsprechend alle auf das *patientiam praestare* weisenden Wendungen tilgt. Dann wäre die Haftung des *vicinus* im letzten Falle des Varus (Paul. D. eod. 2, 5), des *primus vicinus* in Ulp. D. eod. 6 pr. oder die des *dominus* in Pomp. D. eod. 22, 2 nicht zu verstehen und Ulpians Hervorhebung in D. eod. 6, 5 schlechthin unbegreiflich. Auch sind die Verdachtsgründe gegen den zusammenfassenden Ausspruch des Celsus in Ulp. D. eod. 6, 7 sehr dürftig, gegen Paul. D. eod. 7 pr. (u. S. 279 N. 4) fehlen sie ganz. In den gleichfalls untadeligen Anfang von Paul. D. eod. 5 reißt B. durch die Streichung von *insciente domino* eine Lücke, die den Fall auch von seinem Standpunkt aus unentscheidbar machen müßte. Im einzelnen auf Beselers Rekonstruktionen einzugehen, ist hier nicht möglich. Wenn er aber die mildernde Auslegung des *restituere* im Sinne eines *tollere pati* für unklassisch erklärt, so hätte er sich mit dem bisher nicht beanstandeten Paul. D. 43, 24, 16, 2 auseinandersetzen müssen; s. auch Pomp. D. 39, 3, 22, 1 (*is qui opus fecit*!) und Ulp. D. eod. 4, 3 i. f. (*etiam post opus restitutum*!).

2) Vgl. Levy, Privatstrafe 70 N. 4. 3) S. auch Lenel 363. 4) Levy 72.

5) Einerseits D. 38, 5, 1, 26 (Levy 71 N. 5); andererseits D. 39, 3, 6, 5, wo es dahingestellt bleiben kann, ob *sed personalem* von Ulpian stammt. Segrè,

Wesen der *a. aquae pluviae arcendae* ableiten, so käme man unter Berücksichtigung anderweiter Erwägungen[1]) zweifellos zu dem Schluß, daß sie eine Klage sei, die mittels ihrer Restitutionsklausel zwar einen reipersekutorischen Effekt erzielen und deshalb auch gegen den Schuldlosen gerichtet sein könne, ihrer *condemnatio* nach aber auf Strafe gehe. In der Tat ließe sich prinzipiell gegen diese Lösung kaum etwas erinnern. Aber die Anschauung der Römer war es nicht.[2]) Wäre sie es gewesen, so müßte das von Cassius bezeugte Konsumptionsverhältnis Schwierigkeiten bereiten, da nach allgemeiner Regel[3]) die Strafe zur Kumulation drängt und zwischen zwei derselben Strafklage paritätisch ausgesetzten Personen grundsätzlich gleiches Ziel und also *eadem res* nicht besteht.

Was die *a. aq. pluv. arc.* entscheidend von jenen ähnlichen Klagen abhebt, ist freilich nicht ihr Ursprung aus den Zwölf Tafeln[4]), also ihre zivile Natur; denn zivile Strafklagen werden in der Konkurrenz nicht anders behandelt als prätorische. Es ist ihr Wesen als das einer reinen Erfüllungsklage. Mittelbar läßt sich das schon daraus entnehmen, daß die Zwölf Tafeln, hätten sie strafen wollen, als Kondemnationssumme wohl ein Vielfaches festgesetzt hätten, von dem nirgends etwas verlautet. Ferner kommt in Betracht, daß (wahrscheinlich) so frühe Juristen wie Cascellius und Labeo die Klage mit Rücksicht auf ihren auf den gefährdeten *ager* eingeschränkten Anwendungsbereich nicht mit einer Strafklage, sondern mit der negatorischen Servitutenklage in Beziehung gesetzt und diese ausdrücklich als *generalis* unserer *actio specialis* gegenübergestellt haben.[5]) Den Ausschlag gibt die zwar nicht immer Auskunft gewährende, aber dort, wo sie es tut, in erster Linie erhebliche *intentio*. Lautet sie nach der sicher richtigen Restitution Lenels[6]):

Mél. Girard II 522 N. 2 (vgl. auch schon Studi Fadda VI 336 N. 2) vermutet Interpolation, wie ja *actio personalis* auch sonst nicht unverdächtig ist: vgl. Seckel-Heumann *persona* 425 Sp. 2 unten; mit Rücksicht auf Gai. Aug. 107, 113 möchte man vielleicht lieber an ein Glossem denken.

1) Levy 73 ff., 86 f.

2) S. auch de Francisci, Az. pen. 28. 3) S. ob. S. 119 f.

4) Vgl. Pomp. D. 39, 3, 22, 2; Pomp. D. 40, 7, 21 pr.

5) Ulp. D. 39, 3, 1, 17, allerdings von Beseler III 135 beanstandet. Aber die formelmäßige Bezeichnung: *agi autem ita poterit: ius non esse stillicidia flumina immittere* (Lenel, Ed. 189 N. 7) kann nicht wohl auf die Byzantiner zurückgehen. 6) 364.

quam ob rem Num Num eam aquam Ao Ao arcere oportet, so bedeutet das: aus der Tatsache (*res*), daß auf dem *ager* des oder der Beklagten ein Werk errichtet ist, das eine Schädigung des *ager* des Klägers durch Regenwasser zur Folge haben kann, entspringt unmittelbar nach Zivilrecht eine *obligatio* und entsprechend eine *actio*[1]), die die Fernhaltung des Wassers zum Ziele hat. Das *aquam arcere*, d. h. die Erfüllung der Obligation, ist hier in genau demselben strengen Sinne das Ziel der Klage, wie das *decem dare* das Ziel der aus einer Stipulation auf *decem* erwachsenden *actio* ist.[2]) Das besagt schließlich auch der mit dem Gerundivum gebildete Name der Klage selbst, der unmittelbar zu ihrer richtigen, schon von Girard[3]) treffend erkannten Gruppierung leitet, zu den anderen das Gerundiv im Schilde tragenden Zivilklagen, den *actiones familiae herciscundae*, *communi dividundo*, *finium regundorum* und *ad exhibendum*, die ja sämtlich nicht *in rem*, aber doch *ex re*[4]) zustehen und alle auf reine Sachverfolgung abzielen.[5])

Dieser Standpunkt wird durch Äußerungen wie *actione . . . avertetur aqua*[6]) oder *aqua per actionem . . . coercebitur*[7]) unterstrichen, wobei namentlich die letztere im Gegensatz zu den vielfach vorkommenden Wendungen, in denen der Beklagte *coercetur*, Beachtung verdient. Die vorhin gekennzeichneten Ähnlichkeiten mit einigen Strafklagen tun dem nicht Abbruch, sondern sind nur geeignet zu zeigen, welche Vorsicht die Erforschung des Wesens einer Klage verlangt. Endlich ist ein Argument zugunsten der Strafnatur auch nicht aus folgender Bemerkung Ulpians zu entnehmen: D. 39, 3, 6, 7 i. f.:

Sed si servus meus fecerit, aut is cui heres sum hoc fecit, servum quidem noxae dedere debeo: quod autem is cui heres sum fecit, perinde est, atque si ipse fecissem.

---

1) Richtig Pernice, Sachbesch. 101, der das Ergebnis jedoch mit Unrecht daraus folgert, „daß die Klage *in rem scripta*" war.

2) Dieses *aquam arcere* ist nicht nur unteilbar, sondern auch nur einmal ausführbar, wie jede Erfüllung ihrem Wesen nach notwendig eine einmalige ist. 3) 627. 4) S. ob. S. 84 N. 8; Girard a. a. O. sagt *propter rem*.

5) Unter ihnen ist abgesehen von unserer Klage etwas ausgiebig nur noch die *intentio* der *actio ad exhibendum*: *quidquid . . . Aulo Agerio exhiberi oportet* (vgl. Lenel 216). 6) Ulp. D. 39, 3, 1 pr.

7) Ulp. D. eod. 1, 17 i. f. Beide Äußerungen stützen sich gegenseitig; dies gegen Beseler III 135. — Vgl. im übrigen auch Cic. top. 9, 39.

Mit gutem Grunde hat Berger[1]) die hier auf den Erben bezüglichen Worte für unecht erklärt.[2]) Im gangbaren Sinne passiv vererblich ist die Klage ja überhaupt nicht[3]): sie geht gegen Erben nicht als Erben, sondern als Eigentümer des drohenden *ager*. Ist der Erbe das nicht, weil etwa andere Miterben den *ager* adjudiziert erhalten haben, so ist er so wenig passiv legitimiert, wie wenn er den ererbten *ager* veräußert hätte. Bleibt also die Erbeseigenschaft außer Betracht, so kann die Frage, ob der Erbe = *dominus* nur zum *patientiam praestare* oder zum wirklichen *opus restituere* anzuhalten sei, durch ein Verhalten des Erblassers nicht berührt werden. Die Erwähnung des Erbenfalles wird daher nicht klassisch sein.

Was den Sklavenfall betrifft, so wäre es höchst seltsam, daß eine rein sachverfolgende Klage in ihre Formel die Befugnis zum *noxae dedere* aufgenommen hätte.[4]) Hingegen läßt sich nichts dawider einwenden, daß der *iudex* kraft seines Ermessens, statt dem Beklagten nur das *tolli pati* anzubefehlen und den Kläger im übrigen auf den Weg des *interdictum quod vi aut clam* (*noxale*) zu verweisen, wie er das täte, wenn ein selbständiger Dritter das *opus* errichtet hätte, alsbald den *dominus* sowohl als Eigentümer wie als Gewalthaber des Täters zur Verantwortung zieht, aber ihm andererseits natürlich auch die Vergünstigung der *noxae deditio* gewährt. Dafür spricht von außen sehr triftig die Tatsache, daß Ulpian dieses *noxae dedere* mitten in einer Darstellung erwähnt, die, wie die §§ 6 und 8 zeigen, das *officium iudicis* zum Gegenstande hat. Daß die Anordnung des *noxae dedere* in das *officium* des *iudex* verstellt wird, begegnet

1) ZSSt. 31, 405 f.; zustimmend Biondi, Act. arbitrariae I 186 N. 1, 193 N. 2, anders Beseler III 95.

2) Seine Heranziehung der *poena* in Marcell. D. 39, 1, 22 ist freilich nicht zu billigen. Was bei dem *interdictum ex operis novi nuntiatione* als *poena* erscheint, ist bei der *a. aq. pluv. arc.* Sachverfolgung. Überdies hat es schwere Bedenken, gerade die Restitutionsleistung auf Grund der *operis nov. nunt.* als *poena* zu bezeichnen (Levy, Priv. 73 f.), und so sind die Anstände, die Beseler III 95 und Biondi 186 N. 1, 192 f. gegen den Schlußsatz des fr. 22 erheben, nicht von der Hand zu weisen. Auch in Ulp. D. 39, 1, 20, 8 i. f. haben ja wahrscheinlich die Byzantiner die Erbenhaftung verändert: dazu Levy 94 N. 5.

3) *Non procedit quaerere, an heredi et in heredem danda sit*: die Ausführungen des Paulus (D. 10, 4, 12, 6) zu der *actio ad exhibendum* treffen hier vollinhaltlich gleichfalls zu.

4) Lenel 364 scheint eine wirkliche *a. noxalis* anzunehmen.

ja auch bei der *hereditatis petitio.*[1]) Ein passendes Gegenstück dazu bietet der gleichfalls von Ulpian überlieferte Satz, nach dem gegenüber der *actio Fabiana* die Pekuliarhaftung des Gewalthabers dem *officium iudicis* anheimfällt.[2]) — Gegen diese Auslegung ist nicht der Umstand verwertbar, daß das fr. 7 des Titels aus dem Paulinischen Kommentar zu den Noxalklagen stammt. Denn daß die *a. aq. pluv. arc.* eine Noxalklage sei oder einer solchen entsprechend behandelt werde, deutet er hier nicht an. Der Inhalt des Fragments weist vielmehr offensichtlich auf einen Zusammenhang, dem desselben Paulus D. 9, 4, 22, 3 und noch deutlicher des Pomponius D. eod. 33 zugehören. Dann war der Gedankengang des Paulus kein anderer, als wir ihn schon[3]) zu berühren hatten: der *dominus servi* im Noxaljudizium braucht, um der Defensionspflicht ledig zu sein, nur *servo cedere* (d. h. im Wege der Manzipation), da er nur *alieno nomine* belangt wird; der *dominus agri* gegenüber der *a. aq. pluv. arc.* dagegen *cogitur accipere iudicium, quoniam et suo nomine convenitur, ut opus tollat.*[4])

§ 27. 11. Condictio furtiva.

Mit der *condictio furtiva* betreten wir das Feld der Deliktsklagen. Ihre eigenartige Natur ist unbestritten.[5]) Obwohl unmittelbar aus dem *furtum* entspringend[6]), ist sie nicht der allgemeinen Regel gemäß eine Strafklage, sondern eine wahre Ersatzklage[7]) und damit

1) Paul. D. 5, 3, 40, 4. — Vgl. bereits Bekker, Aktionen II 170.

2) D. 38, 5, 1, 22 (Levy 77 N. 3); vgl. auch Ulp. D. 42, 8, 6, 12.

3) S. 274 N. 4.

4) Dieser Gegensatz dürfte plausibler sein als der zu der dinglichen Klage, an den Lenel 364 N. 3 denkt; allerdings ist bei *et suo nomine* wohl an *fundi* oder *loci nomine* zu denken. Dies zugleich gegen Beseler III 95 (s. ob. S. 275 N. 1).

5) Über sie Levy, Priv. 15 N. 1, 108, 115 ff. — Literatur bei de Francisci, Az. penali 44 N. 3.

6) Das wird auffallend häufig hervorgehoben, so häufig, daß als technische Bezeichnung überhaupt nicht *condictio furtiva*, sondern *condictio* (und *condicere*) *ex causa furtiva* erscheint. Jede der beiden letzteren Wendungen begegnet neunmal und gerade in den die sedes materiae bildenden Fragmenten (VIR. I 678), während *condictio furtiva* abgesehen von der Digestenrubrik Tit. 13, 1 nur viermal vorkommt (VIR. I 897). — S. ferner v. Mayr, Condictio 76, unten § 41 vorl. Abs., aber auch Levy 114 N. 4 zu e.

7) Levy 108.

ihrem Ziel nach rein sachverfolgend. Diese Sätze könnten wir als unzweifelhafte hinnehmen, aber gerade gegenüber unseren früheren allgemeinen Darlegungen[1]) wird es zweckmäßig sein, uns kurz darüber zu vergewissern, aus welchem Grunde das römische Recht hier nicht den allenthalben beschrittenen Weg, den Ersatz in der Strafe zu verfolgen, eingeschlagen, sondern das sonst dem Strafrecht so fernstehende Institut der *condictio* bemüht hat.

Die einfachste Antwort wäre die, daß die *actio furti* nicht fähig gewesen sei, eine Ersatzfunktion in sich aufzunehmen. In der Tat dürfte das zutreffen. Bis zu den Zwölf Tafeln gab es gegen das *furtum nec manifestum*[2]), bis zum Formularprozeß sehr wahrscheinlich gegen das *furtum manifestum*[3]) keine Geldstrafe. Die Reaktion gegen das *furtum manifestum*, die Kapitalstrafe, schaffte dem Bestohlenen seine Sache nicht zurück. Nichtsdestoweniger muß das Recht des Verletzten auf Rückerstattung frühzeitig festgestellt worden sein. Der in der ältesten Zeit in dieser Richtung wirkenden, auch nicht immer möglichen[4]) Selbsthilfe mußte bald ein gerichtlicher Schutz zur Seite treten. Diesen Schutz bot die zur Zeit der Legisaktionen aufgekommene[5]) *condictio*, die zunächst das *furtum* als solches nicht erfaßt haben mag, aber, weil sie allgemein auf rechtloses Haben reagierte, auch gegen den Dieb gehandhabt werden konnte.[6]) War

1) Levy 14 ff. 2) Hitzig, ZSSt. 23, 319.

3) So auch Girard 408 und Hitzig, R.-E. VII 394 f., wogegen letzterer, Schweiz. Z. f. StrafR. 13, 219 und ZSSt. 23, 324 das Aufkommen der Geldstrafe „frühzeitig" nennt. Gegen die Verlegung des von Gai. III 189, IV 111 erwähnten *edictum praetoris* in die Zeit der alleinigen Herrschaft der Legisaktionen spricht ein Doppeltes: a) Das voräbutische Honorarrecht ist in klassischer Zeit größtenteils längst in das Zivilrecht rezipiert: vgl. Mitteis, RPR. I 57. b) Schwerlich wird es vor der *lex Aebutia* Edikte des Stadtprätors gegeben haben, die dem Zwölftafelrecht so strikt widersprachen wie das Edikt über das *furtum manifestum*.

4) Vgl. Ulp. D. 13, 1, 10 pr., namentl. a. E. Die ganze Ausdrucksweise ergibt, daß die Römer prinzipiell der *condictio furtiva* ebensosehr bei dem *furtum manifestum* wie bei dem *furtum nec manif.* gedachten.

5) Das ist sicher (vgl. *legis actio per condictionem*). Ferner deutet nichts darauf hin, daß die auf rechtloses Haben gestützte abstrakte Klage jüngeren Datums sei als die auf Kontrakt beruhende: vgl. z. B. Girard 614 N. 1 a. E., 615, Pernice, Labeo III 219 ff.; anders W. Stintzing, Beitr. 18, der sich mit Unrecht auf Gai. IV 4 beruft.

6) Es gibt keinen Grund, der einer *condictio ex furtiva causa* entgegen-

sie aber einmal anerkannt, so blieb sie naturgemäß auch später fortbestehen, als die prätorische Geldstrafe Eingang gefunden hatte, wie ja auch nach unserer Kenntnis die *condictio furtiva* nicht weniger beim *furtum nec manifestum* in Aktion trat, wo das alte *duplum* gewiß mit Rücksicht eben auf die neben ihm geltende Kapitalstrafe wohl von jeher als rein pönal galt.[1])

Diese Entwickelung der *condictio*[2]) dürfte mehr Wahrscheinlichkeit für sich haben als die, die man auf dem Gegensatz zwischen *condictio* und *vindicatio* aufbaut.[3]) Der dingliche Rechtsschutz er-

gestanden hätte, als man eine *condictio* aus rechtlosem Haben (Ulp. D. 12, 5, 6) zugelassen hatte (vgl. u. S. 283 N. 1). Wenn auch ein genaueres Datum ihres Aufkommens nicht bekannt ist (die *veteres* in Tryph. D. 13, 1, 20 sind ein sehr schwacher Anhalt), so nimmt doch die herrschende Meinung mit Recht an, daß sie in frühe Zeiten zurückgeht: vgl. z. B. Girard 410 (*de très bonne heure*), Pernice, Labeo III 233, H. Krüger, ZSSt. 21, 420 f., W. Stintzing, Beitr. z. röm. RGesch. 18, Siber 189, Hitzig, R.-E. VII 398, Rabel, RPR. 470.

1) So für die Zeit „vor Einführung der *condictio furtiva*“ auch Hitzig, ZSSt. 23, 327 f. Das *damnum pro fure decidere* spricht nicht dagegen, wie Girard 410 meint, da *damnum* hier nicht den „Schaden“, sondern das „Lösegeld“ bedeutet: vgl. Seckel-Heumann 119 Sp. 2, Hitzig 325 ff.

2) Sie hat natürlich zur Voraussetzung, daß die *actio in quadruplum* jünger ist als die *condictio furtiva*. Das ist aber mit aller Wahrscheinlichkeit, die in solchen Fragen erreichbar ist, anzunehmen (vgl. ob. S. 280 N. 3. 5. 6). Für seine entgegengesetzte Ansicht führt Mommsen, Strafrecht 752 f. keine stichhaltigen Gründe an. Gegen Mommsens Ableitung der *cond. furt.* aus der *actio rerum amot.*: Levy, Priv. 117 ff. Wie Hitzig, R.-E. VII 395 von einer Zeit sprechen kann, in der die *act. furti* (*manifesti*) mangels Existenz der *cond. furt.* Ersatzfunktion ausgeübt haben soll, bleibt bei seinem Zeitansatz für die *a. furti* (ob. S. 280 N. 3) unerfindlich. — Hitzigs eigene Vermutung (Schweiz. Z. f. StrafR. 13, 220), daß die *cond. furt.* ihre erste Anwendung im Grundstücksrecht gefunden haben solle und von da auf das *furtum* (an beweglichen Sachen) erstreckt worden sei, dürfte wenig Beifall finden. Wenn nur die mangelnde Zweckdienlichkeit der Vindikation die *cond. furt.* neben der *a. furti* aufgebracht hätte, so würde (nach dem im Text Gesagten) dieser letztere Vorgang so weit herabzusetzen sein, daß wir Quellenaussprüche darüber erwarten dürften. Vor allem aber ist eine *condictio fundi* (d. h. *possessionis*) ganz gewiß nicht in die graue Vorzeit zurückzudatieren; Ulp. D. 13, 3, 2 spricht vielmehr so, als ob diese Anwendungsform der *condictio* eine Neuerung des Sabinus wäre: vgl. auch Trampedach, ZSSt. 17, 98.

3) So z. B. Girard 410 f. — Diesen Gegensatz empfindet auch Gai. IV 4 nur vom Standpunkt der Gegenwart aus, nicht aber bezeichnet er ihn als für das Aufkommen der *condictio* wesentlich; in letzterer Beziehung legt

scheint den Römern ganz allgemein als so andersartig, daß von ihm schwerlich jemals die Frage nach dem Bedürfnis einer persönlichen Klage abhängig gemacht worden wäre.[1]) Und die Mängel, die sich bei der Verwendung der *vindicatio* bemerklich gemacht haben sollten, sind keineswegs von solchem Gewicht und so in die Augen fallend, daß eine Zeit primitiver Rechtsentwickelung daran entscheidenden Anstoß genommen hätte. Vollends die passive Vererblichkeit der *condictio*[2]) kann kein irgendwie erhebliches Moment gewesen sein, wenn man bedenkt, wie man über das Fehlen der Erbenhaftung bei den eine Sachverfolgung enthaltenden Strafklagen noch jahrhundertelang hinwegsah.[3]) Nur das eine ist an all diesen Gesichtspunkten richtig, daß, war die *cond. furt.* einmal geschaffen, es zur Befestigung ihrer Stellung im Rechtsleben gewaltig beitragen mußte, wenn sie eine Sachverfolgung ohne Rücksicht auf das Fortleben des Täters und den Verbleib der gestohlenen Sache[4]) ermöglichte. Namentlich aus solchen Gründen mag sie den Angriffen, die ein verfeinertes juristisches Denken gegen ihre schwache Stelle, die auf *dare oportere* zielende *intentio* des Eigentümers,

er eher auf den Gegensatz zur *actio furti* Gewicht. Am besten läßt man aber diese Stelle hier überhaupt beiseite, da die Heranziehung des *odium furum* einen Verzicht auf jede historische Erklärung bedeutet. Man könnte fast geneigt sein, dem harten Worte Sibers 189 zuzustimmen. Dagegen ist ihm durchaus entgegenzutreten, wenn er die Äußerung des Gaius als einen Beleg dafür betrachtet, daß die Konkurrenz der *cond. furt.* mit der *rei vindicatio* eine „von den Klassikern als singulär erkannte, ganz spezielle Ausnahme" sei. Nicht die Konkurrenz ist singulär, sondern die *cond. furt.* an sich; ist diese einmal vorhanden, so ist die Konkurrenz mit der *rei vindicatio* geradezu selbstverständlich. Vgl. auch ob. S. 18 ff.

1) S. auch ob. 18 N. 4.

2) Die nach Mommsen, Strafrecht 758 die Hauptrolle spielt. Belege für die Vererblichkeit: Pomp. D. 13, 1, 2; Ulp. D. eod. 7, 2; eod. 9; D. 12, 2, 13, 2; D. 47, 1, 1 pr.; Paul. D. 13, 1, 5; D. 25, 2, 6, 3.

3) Vgl. Levy, Sponsio 55, Privatstrafe 89 ff.

4) Dieses letztere bot gegenüber dem dinglichen Klagschutz beträchtliche Vorteile. Während dieser (im Wege der *actio ad exhibendum*) nur bei doloser Besitzentäußerung eingriff, wurde die Zuständigkeit der *condictio* weder durch fahrlässigen oder zufälligen Besitzverlust noch durch Untergang der Sache (Gai. II 79 i. f.; D. 13, 1, 7, 2; eod. 16; D. 47, 2, 46 pr.) noch (vor allem) durch ihre Veräußerung seitens des Diebes berührt: wo Zweifel hätten entstehen können, half der Satz *fur semper in mora est*, der ja auch aus der Bereicherungsklage eine wahre Schadensersatzklage machte (Levy, Priv. 108), über alle Schwierigkeiten hinweg: vgl. z. B. D. 13, 1, 8, 1; eod. 20.

richten mußte, erfolgreich Trotz geboten haben.[1]) Ja, sie konnte vielleicht sogar ihrerseits dazu beitragen, daß die Idee der Bereicherungshaftung sich auf dem Gebiete des privaten Strafrechts auch anderwärts furchtbar erwies.[2])

Ist die *condictio furtiva* deliktische Ersatzklage, so ist zunächst das Ziel mehrerer aus demselben Diebstahl entspringender Konditionen das gleiche.[3]) Aber auch die *causa*. *Causa* einer Deliktsklage ist das Delikt.[4]) Dadurch, daß mehrere Personen zur Begehung des Deliktes zusammenwirken, wird dessen Einheitlichkeit so wenig berührt wie die des Vertrages durch die Mehrheit von Kontrahenten auf einer Seite.[5]) Entscheidend für die *eadem causa* ist vielmehr hier wie dort die Gemeinsamkeit des Handelns.[6]) Das ist anerkannt[7]) und erhält hier noch eine besondere Stütze in dem

---

1) Vgl. auch Bekker, Aktionen I 105, Pernice a. a. O. III 233, Mitteis, RPR. I 58 N. 50. 2) Levy, Priv. 89. 3) S. ob. S. 119 f. 4) Ob. S. 106.
5) Ob. S. 174. 175 ff. 6) Cum grano salis: s. u. § 65.

7) Z. B. Eisele 77, 428, Binder 380. Auch Ferrini, Dir. pen. rom. 281 ff., 302, Espos. 109 weicht für das spätklassische Recht nicht ab. Wenn er aber meint, daß der Begriff des *unum factum* trotz Mehrheit der Täter erst durch das Edikt über das *furtum familiae* angeregt und den *veteres*, ja selbst noch Julian unbekannt gewesen sei, so ist das unbewiesen und unwahrscheinlich: a) Daß gerade bei der Erörterung der analogen Anwendung jenes Ediktes mehrfach auf die Einheitlichkeit der *causa* Gewicht gelegt wird, hat seine besonderen Gründe: s. u. § 65. — b) Selbst wenn das Edikt in dieser Beziehung bahnbrechend gewirkt hätte, so verlautet doch nichts über sein Alter; daß es älter als Julian war, versteht sich; ja, schon Labeo beschäftigte sich hier mit feineren Fragen: Scaev. D. 47, 6, 6 pr., § 1. — c) Aus Jul. D. 9, 2, 51, 2 i. f. ergibt sich nicht im geringsten, daß Julian die ihm von F. zugeschriebene Meinung gehabt habe: Julian lehnt diese Meinung als *subtilis ratio* ab, d. h. als Buchstabenjurisprudenz (Seckel, *subtilis* 2a, s. auch Gradenwitz, ZSSt. 26, 365; für Interpolation Beseler III 27), von der er nicht einmal sagt, daß sie jemals vertreten worden sei (*dici possit*); das *quamvis* steht genau auf derselben Stufe wie das *quamvis* bei Ulp. D. 47, 2, 21, 9, der sich dort mit seinem *totius rei universos* (*furtum fecisse*) besonders nachdrücklich zu der Anschauung unseres Textes bekennt. — d) Daß, wie F. als feststehend vorträgt, der Anfang des Ulpianfragments nebst dem *quamvis*-Satz von Sabinus stamme, entbehrt jeder Grundlage: vgl. Lenel, Pal. II 1161 N. 3. — e) Darf man, was in hohem Grade wahrscheinlich ist (s. u. § 70 geg. E.), in Ulp. D. 9, 2, 11, 4 voraussetzen, daß die *plures* die *trabes* „*singuli tollere non potuerint*", so ist auch hinsichtlich der *veteres* die Ansicht Ferrinis strikt widerlegt. — f) Die nach F. anzunehmende Gegensätzlichkeit zwischen Julian und Gaius (D. 9, 2, 32 pr.; 47, 10, 34) wird niemandem plausibel sein.

schon oben[1]) vermerkten Umstand, daß das Delikt als Klaggrund nicht in der juristisch charakterisierten, sondern in der natürlichen Handlung gefunden wird: gerade von diesem sozusagen unjuristischen Gesichtspunkt aus mußte den Römern ein Delikt auch dann als ein einheitliches erscheinen, wenn mehrere Personen daran beteiligt waren.

Mehrere Kondiktionen aus demselben Diebstahl stehen also im Konsumptionsverhältnis. Ein Beleg aus klassischer Zeit ist für diese Ansicht nicht überliefert.[2]) In Betracht kommt nur C. 4, 8, 1 (a. 294):

Praeses provinciae, sciens furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, condictionis vero nummorum furtim subtractorum electionem esse ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, ceteros liberari, iure proferre sententiam curabit.

Die mehreren haben hier zu einem Diebstahl zusammengewirkt. Gegenübergestellt werden die gegen sie zustehenden *actiones furti* und die *condictiones furtivae* mit einem deutlichen *quidem . . . vero.* Die *actiones furti* stehen kumulativ nebeneinander, was der Zusammenhang mittels *in solidum* deutlich genug zum Ausdruck bringt.[3]) Unter den Kondiktionen hingegen herrscht *electio*, und erst die Zahlung des einen soll die übrigen befreien. Das ist für diejenigen, die in der *electio* den Gedanken der Prozeßkonsumption wiedergegeben finden, ein verdächtiger Widerspruch. Ein solcher ist aber auch von unserem Standpunkt aus vorhanden, wenn man schon für die Zeit des Diokletian den späteren byzantinischen Sprachgebrauch von *electio* voraussetzen darf.[4]) Kann man sich dazu nicht entschließen, so gibt die Stelle gleichfalls einen guten Sinn, indem sie Kumulation und Auswahl gegenüberstellt[5]); für uns scheidet sie dann jedoch aus. Wie dem aber auch sei: die störenden, die kompilatorische „Solutionskonkurrenz" aufweisenden Worte *ac tum demum . . . liberari* müssen interpoliert sein, weil sie den ganzen Gegensatz

1) S. 106 f.; vgl. auch S. 168.

2) Über das in unserem Zusammenhang bisweilen (vgl. Binder 375) behandelte Pomp. D. 47, 2, 77, 1 i. f. s. u. § 68.

3) Vgl. ob. S. 47 N. 1. 4.

4) S. ob. S. 43. 45. — Dafür ließe sich etwa C. 6, 2, 12, 1 (S. 43 N. 2) anführen. 5) Dafür spricht ihr Aufbau; vgl. ob. S. 42 N. 6.

verschieben. Das haben die Untersuchungen von Demangeat[1]), Ascoli[2]), Eisele[3]) und Binder[4]) so klargestellt, daß sich eine nähere Erörterung erübrigt.[5]) Hinzuzufügen wäre nur der Hinweis auf C. 8, 40, 23, gleichfalls eine Konstitution Diokletians, welche ergibt, daß diesem Kaiser die „Solutionskonkurrenz" noch fremd war.[6]) Diesen Erwägungen gegenüber ist es unzutreffend, wenn Kalb[7]) den beanstandeten Passus für echt erklärt; das Argument, daß das Wort *demum* in den unter Justinians Namen überlieferten Stücken nicht zu finden sei[8]), ist allein nicht imstande, jene berechtigten Angriffe abzuwehren.[9])

§ 28. 12. Interdicta.

a) Interdictum unde vi.

In das Gebiet einer andersartigen Mehrtäterschaft führt Ulp. D. 43, 16, 1, 13:

Quotiens verus procurator deiecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino sive procuratore, agi posse Sabinus ait et alterius nomine alteri eximi, [*sic tamen, si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita*] (*non enim excusatus est, qui iussu alicuius deiecit, non magis quam si iussu alicuius occidit*): *cum autem falsus est procurator, cum ipso tantum procuratore interdici debere. Sabini sententia vera est.*

Was dieses auf das *interdictum unde vi* bezügliche Fragment in seiner ursprünglichen Fassung unmittelbar besagt hat, wird man aus den im wesentlichen übereinstimmenden Ausführungen Eiseles[10]) und Binders[11]) entnehmen dürfen. Den Schlüssel zum Verständnis

1) Des obligations solidaires (1858) 214. 2) 46, 48 f., 79.

3) 77, 438 f. 4) 374 ff.

5) Girard 412 N. 1, 747 N. 3 und 5 zweifelt. Ganz unzutreffend Perozzi II 112 N. 2 a. E.

6) S. ob. S. 201 f., u. § 46 (zu C. 6, 2, 12, 1) sowie Levy, Sponsio 211 N. 2.

7) Jagd nach Interpolationen 23.

8) Longo, Bullettino Bd. 10 verzeichnet es nicht.

9) Auch Kalbs 22 Verteidigung der Echtheit des Schlusses von Pomp. D. 46, 1, 2 hält nicht Stich: a) Widerspruch mit D. 16, 3, 1, 14 i. f. (vgl. Geib, BürgschaftsR. 60 N. 2). b) Die *custodia*-Haftung des Kommodatars (vgl. Seckel, *custodia* 117 Sp. 1, Schulz, ZSSt. 32, 37 ff.) ist übersehen. c) Das *fecerunt* hat kein Objekt. d) *hi* statt *ei*. — Vgl. ferner wegen D. 15, 3, 1, 2 i. f. u. § 176. 10) 77, 439 ff. 11) 372 ff.

der in ihrer Struktur nach keiner Seite hin sicheren Stelle[1]) bietet die zweifellos richtige Annahme der byzantinischen Herkunft des *sic-tamen*-Satzes.[2]) Gegen ihn zeugen nicht nur die „Solutionskonkurrenz"[3]), das unschöne *eorum* hinter *altero* und die tribonianisch anmutende Anknüpfung mit *sic tamen*[4]), sondern namentlich die unmittelbar vor und hinter jenem Satze stehenden Teile. Der folgende *enim*-Satz ist nun von dem, was er begründen soll und kann, weit getrennt; die vorangehende kurze Phrase *alterius nomine alteri eximi* hätte mit leichtester Mühe den ferneren Gedanken organisch in sich aufgenommen, wenn beide Sätze von demselben Verfasser niedergeschrieben worden wären. Ist aber der *sic-tamen*-Satz Einschub der Kompilatoren, so dienen sie damit unfreiwillig der weiteren Aufklärung. Denn erst ihr in bekannter Absicht einschränkendes *sic tamen* gibt den davorstehenden vier Worten den Sinn, den sie an sich in ihrer zerrütteten Gestalt[5]) nicht sicher bezeugen würden: den der Befreiung durch Prozeßkonsumption.[6]) Konsumption und nicht Kumulation muß Sabinus angenommen haben; denn irgendeine Liberation setzt der *sic-tamen*-Satz voraus. Zivile[7]) und nicht judiziale Konsumption wird überliefert gewesen sein; denn nur jene war, soweit bekannt, in so kurzer Wendung zusatzlos zum Ausdruck zu

1) Vgl. zu dem unmöglichen Anfang und zu der verfehlten Stellung des *non-enim*-Satzes Eisele a. a. O., der aber den *verus procurator* und entsprechend den ganzen Schlußsatz wohl mit Unrecht verdächtigt: der *procurator* wird auch sonst als Ausdruck für den Mandatar (vgl. z. B. Seckel - Heumann 463 Sp. 1, Peters, ZSSt. 32, 264) in unserem Zusammenhange häufig gebraucht (vgl. unten S. 291 N. 6); er war ja zu Ciceros Zeit im *interdictum unde vi* sogar namentlich aufgeführt: Lenel 446.

2) So auch Ascoli 46, 48; anders Dernburg, Pand. II § 72 N. 7; Girard 747 N. 4. 3) S. oben S. 162 ff.

4) Vgl. z. B. Eisele 77, 440 N. 61, ZSSt. 13, 120. 130 f.; 18, 20 f. (vgl. auch u. § 116). Zu *ita tamen si* s. auch Kalb, Jagd 22.

5) Konjekturen dazu bei Mommsen (durchaus abzulehnen), Eisele 77, 440 f., Binder 373 f.

6) Wenn Binder 373 f. diesen Sinn schon aus dem *cum utrolibet eorum* schließen will und diese Worte mit dem *alterius . . . . . eximi* ein ἓν διὰ δυοῖν bilden läßt, so ist dem aus denselben Gründen nicht zu folgen, aus denen man jenen Sinn von dem *eligere* fernzuhalten hat (s. oben S. 41 ff.); beide bezeichnen nur ein Wahlrecht auf der einen Seite, also eine Ganzhaftung auf der anderen Seite, aber nicht die Art und Weise, wie das Wahlrecht d. h. die Konkurrenz zum Austrag gebracht wird. 7) Dazu oben S. 74 N. 7.

bringen. Zugleich ist das Emblem ein willkommenes Indiz dafür, daß Ulpian die Notiz des Sabinus über die Konkurrenz hier tatsächlich eingestreut hat. Sonst wäre nämlich ein Zweifel erlaubt. Wir befinden uns bei § 13 nicht in einem jener Kommentarausläufer, in denen anhangsweise über die Klagenkonkurrenz ein Wort zu fallen pflegt[1]), sondern mitten in der Erläuterung der Ediktsworte: *deiecisti aut familia tua deiecit*, an deren Hand Ulpian naturgemäß die Passivlegitimation erörtert, indem er im § 12 die Legitimation dessen bejaht, *qui mandavit vel iussit*, im § 13 die des auf fremdes Geheiß Dejizierenden, im § 14 endlich die des Ratihabenten, und nur auf die Zuständigkeit der Klage gegen den *procurator deiciens*[2]) bezieht sich denn auch Ulpians Begründung *non enim excusatus est* . . . .

Dieser Zusammenhang ist nicht ohne Bedeutung, wenn wir uns nun über das Warum des Konsumptionsverhältnisses Rechenschaft zu geben haben. Die *eadem causa* ist leicht zu erklären. So wenig wie bei formlosen Verträgen[3]) ist bei Delikten Gleichzeitigkeit ein Erfordernis. Eine Gemeinsamkeit des Handelns liegt aber in der Mehrtäterschaft unseres § 13 so gut wie in der Mittäterschaft. Das beweist jedenfalls für das klassische Recht die Tatsache, daß man im Wege der Auslegung zu einer Haftung des Jubenten aus dem Interdikt gelangte. Denn das konnte nur geschehen und geschah auch wirklich nur in der Annahme, daß seine Haftung nicht aus einer von der Tat verschiedenen geistigen Einwirkung auf den Täter entfließe, sondern aus der Tat selbst, die er mittels jener Einwirkung zu der seinigen gemacht habe.[4]) Mit den klaren Worten (§ 12) *deiecisse etiam is videtur, qui mandavit vel iussit, ut aliquis deiceretur* werden Mandant und Täter dem Verletzten gegenüber auf eine Linie gestellt, worauf das Argument gegen diese Gleichstellung in einer jeden Zweifel behebenden Weise dergestalt verworfen wird: *parvi*

1) Beispiele bieten sich leicht in Menge: vgl. Lenel 111 N. 1, 127 N. 6, 194, 322 N. 11; ferner s. etwa D. 4, 3, 17 pr.; D. 11, 3, 11, 2; D. 13, 6, 5, 15; eod. 7; D. 16, 3, 1, 43. 44; D. 21, 1, 31, 5—10; D. 27, 6, 7, 4; vgl. auch unten S. 298 N. 1. Wegen D. 4, 2, 9, 6 u. § 113, D. 13, 5, 18, 3 u. § 165, D. 41, 2, 12, 1 u. § 48 a. E., D. 47, 8, 2, 26 u. § 51 geg. E.; s. auch D. 27, 3, 1, 10 ff. 2) Anders Binder 374. 3) Vgl. oben S. 195.

4) So auch Eisele 77, 441, der aber nichtsdestoweniger die *causa* in dem Mandat sieht; so kommt er — was seinem eigenen Grundsatz widerspricht — zur *eadem res* trotz Leugnung der *eadem causa*.

enim referre visum est, suis manibus quis deiciat an vero per alium. Diese Denkform mittelbarer Täterschaft bezieht sich aber — worauf zu achten ist — sichtlich nur auf die Passivlegitimation; daß der mittelbare Täter keineswegs als prinzipaler Mittäter aufgefaßt wurde, wird sich bald ergeben.

Mehr Schwierigkeiten macht die Frage des Klagziels. Freilich nicht vom Standpunkt der herrschenden Lehre, die wie die meisten Deliktsklagen, so auch die *iudicia* des Interdiktenverfahrens als sachverfolgend ansieht, wohl aber nach unserer entgegengesetzten Überzeugung[1]), die, wie leicht nachzuweisen[2]), auch die Meinung der Quellen ist. Ulpians Vergleich im § 13: *non magis quam si iussu alicuius occidit* liefert allein schon guten Beweis. — Wie vereinbart sich die Prozeßkonsumption mit der kumulierenden Tendenz der Strafe, die doch die multiplikative Haftung der Mittäter (im technischen Sinne) unausweichlich zur Folge hat?[3]) Die Erklärung kann nur darin gefunden werden, daß das klassische Recht das Verhältnis zwischen Täter und Mandant von dem mehrerer Mittäter abweichend aufgefaßt hat.

Diese Behauptung macht eine kleine Abschweifung erforderlich. Denn faßt man den *qui mandavit vel iussit* mit der herrschenden Meinung als Anstifter auf[4]), so gerät man in eine Lehre, die im klassischen Recht ähnlich im argen liegt wie die Mehrzahl der grundlegenden Doktrinen des Strafrechts überhaupt. Weder gibt es einen feststehenden Terminus und Begriff der Anstiftung[5]), noch ist zwischen ihr und den übrigen Arten der Teilnahme

---

1) Levy, Privatstrafe 86.

2) Nur einige Anhaltspunkte seien erwähnt: *maleficium* (D. 43, 16, 1, 14), *facinora* (D. eod. 3 pr.); *atrocitatem facinoris in se habet* (D. eod. 1, 43); *atrocitas delicti* (Gai. IV 155); *impune* (Gai. IV 154); passive Unvererblichkeit (D. eod. 1, 48). Nur von der Klage *in id quod ad eos pervenit* heißt es, daß *in ea rei persecutio continetur* (D. eod. 3, 1). Das Interdikt geht nicht wie das *interd. qu. vi aut cl.* auch gegen den Besitzer, sondern nur gegen den Übeltäter; vgl. unten S. 292 N. 1. — Auch nach Pernice, Labeo II 1, 9, II 2, 92 f. ist das *interdictum* „ganz als Deliktsklage gestaltet".

3) S. unten § 65.

4) S. z. B. Rein, Kriminalrecht (1844) 190 ff., 193 ff., Mommsen, Strafrecht 99 N. 4, Ferrini, Diritto penale romano 288 f., Binder 373, 361 N. 94, Kübler, R.-E. „Rechtsschulen" S.-A. 7 a. E.

5) Rein 190 ff., Mommsen 98 ff.

an fremdem Delikt eine prinzipielle Grenze wahrnehmbar[1]) noch auch nur die Strafbarkeit des Anstifters allgemein Rechtens. Bald beruht sie auf positiver Norm[2]), bald auf Interpretation, die aber selbst in spätklassischer Zeit noch nicht immer zu einer einhelligen Meinung geführt hat.[3]) Bald wird die Strafbarkeit des Anstifters ohne Rücksicht auf ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihm und dem Angestifteten statuiert[4]), bald wird sie, falls der Täter frei ist, an das Bestehen eines *ius imperandi* auf seiten des Anstifters geknüpft.[5]) Bald ist der gewaltunterworfene Täter straflos, bald haftet er (wie ein Gewaltfreier stets) neben dem Anstifter[6]) usw. usw. So

1) Vgl. Ferrini 284 ff.

2) So bekanntlich beim Diebstahl: *ope consilio*; über die Bedeutung dieser Worte einerseits Lenel 314 ff., andererseits Seckel - Heumann *ops* 2.

3) S. etwa Ulp. D. 47, 10, 11, 3—6; dazu Ferrini 288.

4) Etwa in Ulp. D. 2, 7, 5 pr.; Ulp. D. 2, 10, 1, 1. Entsprechend Paul. D. 23, 2, 66 pr.: *nec interest, filius sui iuris an in patris potestate sit.* Vgl. auch Macer D. 48, 7, 3 pr.

5) So Javol. D. 9, 2, 37 pr. (s. auch unten S. 295); vgl. Sokolowski, Mandatsbürgschaft 49.

6) Die Frage, wann der gewaltunterworfene *iussus* durch das *iussum* exkusiert ist und wann nicht, wird (für das Privatstrafrecht) in der Regel dahin beantwortet, daß bei *atrocia facinora* keine Straflosigkeit des *iussus* eintritt: so Sell, Noxalrecht 134 ff., Girard, Nouv. rev. hist. 1887, 420 N. 3, Mommsen, Strafrecht 77 f., Binder 361 N. 96, Ferrini, Dir. pen. rom. 210 ff.; Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano 111 f., Pampaloni, Studi Senesi 16, 31 ff. — Von solcher Bestimmtheit sind die Quellen weit entfernt. Die *atrocitas facinoris vel sceleris* findet sich in unserem Zusammenhang nur in D. 50, 17, 157 pr., dessen allgemeine Fassung den Kompilatoren zukommt, die das *quaedam* in Ulp. D. 43, 24, 11, 7 in *ea* verwandelt haben. Daß *in facinoribus* nicht unbedingt gehorcht werden darf, hebt ferner Paulus in D. 25, 2, 21, 1 hervor, während in der ausführlichsten uns überlieferten Darstellung (D. 44, 7, 20) Alfenus nur sagt: *servus non in omnibus rebus sine poena domino dicto audiens esse solet* und entsprechend Ulpian (D. 47, 10, 17, 7): *nec in omnia servus domino parere debet.* Demgegenüber wird der Gewaltunterworfene ohne Einschränkung entschuldigt von Javol. D. 9, 2, 37 pr. (*a. leg. Aqu.*); Callistr. D. 48, 10, 15, 3 (SC. Libon.); Paul. D. 50, 17, 169 pr. (*a. leg. Aqu.*) und Ulp. D. 9, 4, 2, 1 (*a. leg. Aqu.*: *et sane si iussit, potest hoc dici*; im Folgenden ist nur noch vom *dominus sciens* die Rede), vor allem aber auch in den allgemein gehaltenen Äußerungen Ulpians in D. 47, 7, 7, 4. 5 (*ut in ceteris maleficiis*) und D. 9, 4, 3 i. f. (vgl. die Inskription und dazu oben S. 159); s. ferner die nicht unmittelbar auf Deliktsrecht bezüglichen Ulp. D. 50, 17, 4 und Paul. D. eod. 167, 1. Auch die für die *atrocitas* erscheinenden Bei-

sind allgemeine Sätze hier nur mit größter Vorsicht aufzustellen. Aber das eine scheinen schon diese wenigen Andeutungen zu ergeben, daß von einer Gleichstellung des Anstifters mit dem prinzipalen Mittäter in der Anschauung der Römer nicht die Rede sein kann.

Im übrigen ist es nach dem Gesagten ratsam, sich bei der Betrachtung der Stellung des Anstifters auf einen möglichst kleinen Kreis von Delikten zu beschränken, innerhalb dessen eine Gleichartigkeit der Behandlung festzustellen ist. Die Absteckung ergibt sich dabei für uns von selbst. Unter allen Fragmenten, die die Nebeneinanderhaftung des gewaltfreien Täters und des Mandanten erwähnen, besprechen, wenn wir richtig sehen, nur drei die Konkurrenz zwischen ihnen: außer unserem fr. 1 § 13 noch zwei, die beide das *interdictum quod vi aut clam* im Auge haben.[1]) Nur auf die beiden in ihrer Natur einander nahe verwandten Interdikte werden sich daher die folgenden Bemerkungen beziehen.

Daß Ulpians Argumentation in D. 43, 16, 1, 12 die verschiedene Bewertung von Täter und Teilnehmer nicht leugnet, ist schon vorhin[2]) hervorgehoben worden. Hier wird eine allgemeine Charakterisierung des *iubens* weder beabsichtigt noch vorgenommen, sondern dessen Begriff auf den des Täters notgedrungen zurückgeführt, weil nur auf diese Weise eine Anknüpfung an den Wortlaut des Interdikts und so eine formgerechte Ableitung seiner Haftung möglich war. Auf der anderen Seite muß es auffallen, daß in unserem Zusammenhang Ausdrücke, wie sie sonst häufig zur Kennzeichnung der Betätigung des Anstifters dienen (*auctorem esse*,

---

spiele geben nicht viel aus: wenn Alfenus *quodcumque vi fecisset, quae vis a maleficio non abesset* für unentschuldbar erklärt, so bleibt, wie seine folgenden Beispiele bestätigen, für die Straflosigkeit nicht viel übrig. Daß das *furtum* entschuldbar sei, läßt sich nur annehmen, wenn man mit Pampaloni, St. Senesi 16, 33 f. (und teilweise Ferrini, Espos. 90 N. 1, 91 N. 3, P. Krüger zdSt.) D. 25, 2, 21, 1 und D. 44, 7, 20 als verfälscht erachtet. Auch für das *damnum iniuria datum* steht die Straflosigkeit selbst in hochklassischer Zeit bei weitem nicht so fest, wie die obigen für die *a. leg. Aqu.* angeff. Beispiele glauben machen möchten; sagt doch Marcellus in D. 47, 6, 5 in bezug auf Sachbeschädigung und Diebstahl einschränkend: *si modo cum eo quoque* (nämlich dem *dominus*, der nicht befohlen hat) *ex lege Aquilia vel ex duodecim tabulis agi potest*: dazu u. S. 348 N. 4. 5. Diese Andeutungen müssen hier genügen.

1) D. 43, 24, 6; eod. 15, 2. — Wegen D. 2, 1, 7, 5 s. unten S. 480.

2) S. 287 f.

persuadere, impellere, concitare, movere)[1], bei beiden Interdikten gänzlich fehlen. Dagegen braucht Ulpian mit einer Konsequenz, die von der anderweiten vereinzelten Verwendung dieser Wörter merkwürdig absticht, immer wieder Termini wie *mandare*[2]), *mandatum*[3]), *iubere*[4]), *iussum*[5]), *procurator*[6]), welche sämtlich aus der bei Rechtsgeschäften üblichen Diktion stammen.[7]) Das kann kein Zufall sein. Und noch bemerkenswerter ist es, daß die Teilnahme hier durch bloße im voraus erteilte Einwilligung[8]) oder nachträgliche *ratihabitio* (*ratihabere*)[9]) erfolgen kann, so daß Ulpian in D. 43, 16, 1, 14 bewußt den Satz formuliert: *rectius dicitur in maleficio ratihabitionem mandato comparari.* Das alles ist in vielfacher Hinsicht bedeutungsvoll. Besäßen wir nichts als diese Termini, so würden wir uns in eine dem Vertragsrecht angehörige Darstellung versetzt glauben, und wir dürfen in der Tat nicht von Anstiftung sprechen, wo die Quellen eine *ratihabitio* oder das einem Prokurator zu allgemeiner Verwaltung erteilte Generalmandat, also eine rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen dem Teilnehmenden und dem Täter genügen lassen und voraussetzen. Und doch befinden wir uns zweifelsohne im Deliktsrecht, woran sehr willkommen Ulpian nachdrücklich erinnert, wenn er die Wirksamkeit der *ratihabitio* gerade *in maleficio* betont. Wie soll sich das verstehen? Da man an eine strafbare Teilnahme in der Form bloßer Genehmigung nicht glauben mochte, so hat man mit dem Satze Ulpians nichts anzufangen gewußt. Auch die Erklärung Ferrinis[10]) kann nicht befriedigen. Denn wenn er meint, daß die *ratihabitio* deshalb noch zur rechten Zeit komme, weil es sich beim *interdictum unde vi* um ein Dauerdelikt handele, das so lange währe

1) S. besonders Rein a. a. O. 190 f., Ferrini, Espos. 110 f.

2) D. 43, 16, 1, 12; eod. 3, 10; D. 43, 24, 5, 12; eod. 6.

3) D. 43, 16, 1, 14.

4) D. 43, 16, 1, 12; eod. 1, 15; eod. 3, 11; D. 43, 24, 5, 12; eod. 5, 14; eod. 13, 7.

5) D. 43, 16, 1, 13; eod. 1, 15; D. 43, 24, 5, 8; eod. 5, 11. 12; eod. 6; eod. 13, 7; eod. 15, 1. 2.

6) D. 43, 16, 1, 13; eod. 3, 10; D. 43, 24, 5, 10; eod. 13, 6.

7) Ähnlich in Ulp. D. 43, 8, 2, 43, wo die folgenden Erwägungen nicht minder eingreifen.

8) *Voluntas*, *velle* in D. 43, 16, 1, 12; 43, 24, 13, 6.

9) So in D. 43, 16, 1, 14; eod. 3, 10; eod. 3, 11; D. 43, 24, 13, 6.

10) Dir. pen. rom. 288 ff., Espos. 118.

wie der gewaltsam erlangte Besitz, so trifft das nicht zu. Passiv legitimiert ist hier nicht der Besitzer, sondern der Dejizient, und dieser ohne Rücksicht auf die Fortdauer seines Besitzes.[1])

Der wirkliche Grund, der zugleich die Erklärung für die aufgezeigte Terminologie bietet, liegt darin, daß die beanstandete Handlung ihren deliktischen Charakter nicht von vornherein in sich trägt, wie etwa Tötung oder Sachbeschädigung, sondern ihn erst durch das Hinzutreten weiterer Tatumstände empfängt. So bildet der Tatbestand *opus novum facere*[2]) an sich kein Delikt; er ist einem über ihn abzuschließenden Rechtsgeschäft ohne weiteres zugänglich, und der ihn zum Gegenstand nehmende Auftrag oder Werkvertrag wird, wenn der Unternehmer nicht jene Nebenumstände kennt, ganz gewiß nicht sittenwidrig oder nichtig sein.[3]) Daß von dem auf *vi deicere* gerichteten Auftrag nichts anderes gilt, wenn etwa der Beauftragte in dem Glauben ist, es handle sich um die Vertreibung eines *vi*, *clam* oder *precario possidens*, dürfte ohne weiteres einleuchten.[4]) Für dieses Innenverhältnis zwischen *dominus* und Unternehmer mußte der im Vertragsrecht anerkannte Satz *ratihabitio mandato comparatur* unzweifelhaft zur Anwendung kommen. Wenn die Römer ihn nun auf die Deliktshaftung gegenüber dem Verletzten gleichfalls erstrecken[5]), so liegt darin ein authentisches Anzeichen dafür, daß sie sich auch bei der Beurteilung der deliktischen Beziehung zwischen *iubens* und *iussus* von dem Gesichtspunkt des zwischen ihnen bestehenden rechtsgeschäftlichen Verhältnisses leiten ließen.[6]) Und diese Verpflanzung rechtsgeschäftlicher Sätze entspricht ja auch der Sachlage. Denn auch nach außen verschafft sich das rechtsgeschäftliche Element Geltung. So wenig man im Namen eines anderen morden oder rauben kann, so sinnfällig wird das Handeln in frem-

1) D. 43, 16, 1, 36; eod. 1, 42; eod. 7.

2) S. z. B. D. 43, 24, 6.

3) Vgl. die bei Gai. III 157 und Paul. D. 17, 1, 22, 6 gegebenen Beispiele.

4) Sehr zutreffend bereits Mommsen, Strafrecht 101 N. 3.

5) Ein Seitenstück auf der Aktivseite bietet die Ausdehnung der Aktivlegitimation gegenüber der *condictio furtiva* von dem bestohlenen Prokurator auf den ratihabierenden *dominus*: Scaev. D. 13, 1, 18; dazu unten S. 391 N. 3.

6) Ganz das gleiche gilt von der actio gegen die Kalumniatoren, bei der das an sich deliktisch farblose *pecuniam accepisse* ebenfalls gegen den Jubenten und Ratihabenten ausgedeutet wird: Paul. D. 3, 6, 2 und dazu Ferrini, Dir. pen. rom. 290 f.

dem Namen, wenn gedungene Maurer und Zimmerleute mit fremdem Material auf fremdem Boden einen Bau aufführen oder wenn der Prokurator mit seinen Leuten bei der Dejektion den nunmehrigen Besitz des *dominus* proklamiert. Auch diese Anschauung wird nicht etwa an die Quellen herangetragen, sondern durch sie bestätigt. Beim *interdictum quod vi aut clam* geht es schon auf Labeo zurück, daß der Täter *alieno nomine* gehandelt haben könne (D. 43, 24, 5, 10), und Ulpian gibt in den §§ 11 und 12 nähere Ausführungen über die Haftung dessen, *cuius .... nomine .... opus .... factum fuerit.* Dieser Stellvertretungsgesichtspunkt[1]), der ebenfalls nur aus dem Hinüberwirken des im Innenverhältnis bestehenden Vertragsrechts zu erklären ist, führt so weit, daß derjenige, der die Handlung anbefiehlt, von jeder Haftung freibleibt, wofern er die Ausführung im Namen eines ihn dazu ermächtigenden oder allgemein von ihm vertretenen Dritten anbefohlen hat.[2]) Dagegen haftet der Dritte stets, auch dann, wenn — was wiederum sehr bezeichnend ist — er ein (nicht deliktsfähiges) Munizipium ist.[3])

Aus solcher Auffassungsweise mußten sich fast mit Notwendigkeit für die Konkurrenz Folgen entwickeln. Wenngleich der Gesichtspunkt der Stellvertretung die sonst begründete Haftung des ausführenden Vertreters nicht aufheben konnte, so würde es ihm doch widersprochen haben, Vertreter und Vertretenen kumulativ haften zu lassen. Der Gedanke, daß nicht jeder der mehreren koordiniert neben dem anderen zur Erfüllung des deliktischen Tatbestandes mitwirkt, sondern nur einzelne Teile desselben setzt, wobei der eine nur als Vollstrecker des Willens und als Vertreter der Interessen des anderen auftritt, drängte zur Annahme von *eadem res.* Wie vom Standpunkt des das Innenverhältnis regelnden Rechtsgeschäfts aus nur ein einziger Erfolg herbeigeführt war, so konnte auch für das

1) In solchem Sinne spricht z. B. die Reichsgewerbeordnung § 151 Abs. 2 von einem „Stellvertreter". — Auch Schulz, ZSSt. 33, 65 hält beim *interd. qu. vi aut cl.* offenbar ein wirkliches Vertretungsverhältnis für vorliegend.

2) Über den Gegensatz zu D. 43, 24, 6 s. unten S. 295 N. 3.

3) Auch hier gibt das *interd. unde vi* eine Parallele. Ob aber in Ulp. D. 43, 16, 4 der Satz *si quid ad eos pervenit* echt ist? er hinkt nach und besagt doch, wenn man überhaupt einmal ein *deicere nomine municipum* zuläßt, etwas Selbstverständliches. Die Weisheit des Glossators könnte aus Ulp. D. 4, 3, 15, 1 geflossen sein.

Delikt nur dieser eine Erfolg als strafbar in Betracht kommen: wie der Täter das *opus alterius iussu* und *nomine* ausgeführt hatte, so wurde er auch nur *alterius nomine* bestraft, falls nicht der Kläger es vorzog, den *alter* selbst zur Rechenschaft zu ziehen.

Diese Betrachtungsart, die im Wege einer Berücksichtigung des Innenverhältnisses dazu gelangt, *iubens* und *iussus* auch in bezug auf die Strafbarkeit als eine einzige Person anzusehen, wird bestätigt und aus dem speziellen Kreise der *interdicta unde vi* und *quod vi aut clam* emporgehoben durch die oben [1]) dargelegten Gründe, die zur Annahme einer *eadem res* zwischen *servus* und *dominus sciens* führten. Das Zusammentreffen beider Tatsachen wird von niemandem ein zufälliges genannt werden; denn die Analogie in der inneren Struktur der Fälle wirkt schlechthin überzeugend. Beide Male wird die Kumulation dadurch ausgeschaltet, daß die beiden verantwortlichen Personen in bezug auf die Begehung des Delikts als eine einzige betrachtet werden, und zwar deshalb, weil mit Rücksicht auf das Innenverhältnis der Wille der einen dominiert. Daß im einen Falle dieses Dominieren mehr ein tatsächliches ist und sich aus der *potestas dominica* ergibt, im anderen Falle ein rechtliches Verhältnis den Täter zur Wahrnehmung der Interessen des anderen *civiliter* oder öffentlich-rechtlich verpflichtet, ist dabei von untergeordneter Bedeutung [2]), weil es eine unmittelbare Folge der Gewaltunfreiheit bzw. -freiheit des Täters ist. Auf der anderen Seite zeigt die Analogie aber auch ihre Grenzen, und gerade sie muß vor der allgemeinen Behauptung, daß Täter und Anstifter (oder Gehilfe) überall in Konsumptionsverhältnis stehen, warnen. Wo ein entsprechendes Innenverhältnis zwischen den Delinquenten besteht, wie etwa in dem nicht belegten Falle, daß der *servus iussus* nicht exkusiert [3]) und daher neben dem *dominus* strafbar ist, ist an der analogen Behandlung nicht zu zweifeln. Fehlt aber jenes Innenverhältnis — was wohl für alle gemeinen Delikte gilt, falls dem *iubens* ein *ius imperandi* nicht eignet —, so ist auch jener qualifizierte Kausalzusammenhang nicht da, der die Anschauung

1) S. 170 ff.

2) Der Unterschied zeigt sich darin, daß das z. B. schuldrechtliche Innenverhältnis sich, um wirksam zu sein, in irgendwelcher Weise nach außen kundtun muß (*alterius nomine*), während im anderen Falle die Eigenschaft als *servus* alles weitere erübrigt.

3) Hierzu oben S. 289 N. 6.

der Eintäterschaft rechtfertigt. In solchem Falle wird bisweilen geradezu eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges angenommen, wie das Javol. D. 9, 2, 37 pr. i. f. zeigt, und gerade deshalb wird, wo der *iubens* trotzdem als strafwürdig gilt, dieser neben dem *iussus* selbständig bestraft worden sein. — Einen genauen Einblick gestatten die Quellen nicht. Für unsere Zwecke muß es genügen, daß die positive Erklärung des Konsumptionsverhältnisses in D. 43, 16, 1, 13 alle Wahrscheinlichkeit für sich und die Erscheinung der kumulativen Haftung von wirklichen Mittätern nicht gegen sich hat. Denn zumindest ist dargetan, daß das Verhältnis von *iubens* und *iussus* bei Bestehen eines zum *iussum* berechtigenden Innenverhältnisses von den Römern eigenartig und nicht als Mittäterschaft aufgefaßt worden ist. Dieser Standpunkt findet eine beträchtliche Stütze in der nunmehr zu belegenden Tatsache, daß die eine Konkurrenzstelle des *interdictum quod vi aut clam* gerade auf dem Gegensatz zwischen *iussum* und Mittäterschaft aufgebaut ist.[1]) Zu diesem Interdikt ist jetzt überzugehen.

b) Interdictum quod vi aut clam.

Unter den beiden hier auftretenden Fragmenten hat Paul. D. 43, 24, 6 bisher geringere Beachtung gefunden.[2]) Es lautet:

Si ego tibi mandavero opus novum facere, tu alii, non potest videri meo iussu factum: teneberis ergo tu et ille: an et ego tenear, videamus. et magis est et me, qui initium rei praestiterim, teneri: sed uno ex his satisfaciente ceteri liberantur.

Paulus behandelt zunächst die Zuständigkeit des Interdiktes: als selbstverständlich setzt er den obigen Ausführungen gemäß die Haftung des die Tat unmittelbar Anbefehlenden[3]) und des Täters voraus; mit Rücksicht auf den Kausalzusammenhang bejaht er aber auch die Haftung des ersten Mandanten. Als zweifelsfrei, nämlich im Indikativ reiht sich daran die Entscheidung der Konkurrenz, und zwar, wenn man der Überlieferung Glauben schenkt, im Sinne einer Ge-

1) S. unten S. 304.

2) Von Eisele und Binder wird es nicht erwähnt.

3) Darin liegt kein Widerspruch gegenüber fr. 5 § 12 i. f. Dort befiehlt er *nomine* eines anderen und ist deshalb von der Haftung frei (s. oben S. 293); hier befiehlt er in eigenem Namen, da ihm nicht das *iubere*, sondern das *opus facere* aufgetragen ist.

samtbefreiung durch Befriedigung. Nun ist diese letztere an sich natürlich nicht zu beanstanden. Besondere Prägnanz gewinnt sie aber als typischer Ausdruck für die byzantinische „Solutionskonkurrenz", zumal in der Präsenzform *satisfaciente*, die dem als tribonianisch mehrfach erwiesenen häufigeren *solvente*[1]) genau entspricht. Ein weiterer Beweis aus sprachlichen Gründen ist bei der Leichtigkeit, mit der sich der Urtext (z. B. *convento*) hier ändern ließ, nicht zu erbringen. Dagegen liegt ein sehr starkes Indiz darin, daß der andere Beleg die *litis contestatio* als erheblich ausdrücklich anführt.[2])

Er besteht in Ulp. D. 43, 24, 15, 2, einem Fragment, das im letzten Jahrhundert eine Fülle von Auslegungen erfahren hat, auf deren ausführlichen Bericht bei Binder[3]) verwiesen werden kann:

Si in sepulchro alieno terra congesta fuerit iussu meo, agendum esse quod vi aut clam mecum Labeo scribit. et si communi consilio plurium id factum sit, licere vel cum uno vel cum singulis experiri: opus enim, quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare, si tamen proprio quis eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum: itaque alter conventus alterum non liberabit, quin immo perceptio ab altero: superiore etenim casu alterius conventio alterum liberat. praeterea sepulchri quoque violati agi potest.

Sicher ist nur ganz weniges; positiv: die Echtheit des ersten Satzes; negativ: daß das Mittelstück in seiner jetzigen Gestalt nicht von Ulpian stammt. Die ausschlaggebende Frage ist, welcher von den drei Fällen (I. *iussum*; II. mehrere Täter[4]) *communi consilio*; III. mehrere Täter *proprio consilio*) der *superior casus* und welcher dementsprechend der andere *casus*[5]) ist, in dem die *litis contestatio* ‚*non liberabit*'. Da zwei Entscheidungen drei Tatbeständen gegenüberstehen, so ist Fall II sicher entschieden worden, aber entgegengesetzt, je nachdem außer ihm noch Fall I oder Fall III zur Entscheidung gekommen ist: ersterenfalls ist Fall II der *casus inferior*

1) Vgl. D. 9, 4, 26, 3 (s. unten S. 319), D. 11, 3, 14, 2 (s. unten S. 311 f.); D. 46, 2, 8, 5 (Levy, Sponsio 33 N. 9).

2) S. auch unten S. 299.

3) 314, 358 ff.; ältere Literatur bei Ribbentrop, Korrealobl. 95 ff.

4) Nicht: mehrere Jubenten; vgl. Eisele 77, 427 N. 50, Binder 359.

5) Im Folgenden mit *inferior casus* bezeichnet.

(so Dernburg[1]) [nach Gradenwitz] und Girard[2])), letzterenfalls der *casus superior* (so Mitteis[3]), Ascoli[4]), Eisele[5]), Binder[6])). Jede dieser Ansichten hat sich mit der Frage auseinanderzusetzen, warum der jeweils nicht entschiedene Fall ausgefallen ist.

Warum der unstreitig von Ulpian überlieferte Fall I nicht entschieden sein soll: diese Frage hat Eisele, an den sie herantreten mußte, überhaupt nicht aufgeworfen. Binder sucht den Fall I mit der Begründung auszuschalten, daß Ulpian 1. gar nicht von einer Anstiftung (die mit *mandatum* bezeichnet werde), sondern von einem Befehl „an eine dem *iubens* untergeordnete Person" rede und daher 2. neben dem Befehlenden niemanden haften lasse, also überhaupt „nur einen Schuldner im Auge habe". Beides trifft nicht zu. Daß „*iussus* (muß heißen: *iussum*)[7]) niemals die bloße Anstiftung ist", widerspricht den Quellen[8]) insofern[9]), als sie gerade in unserem Zusammenhang *iussum* und *mandatum* fortgesetzt promiscue gebrauchen[10]). Und daß im Sinne Ulpians der *iussus* nicht gehaftet habe, ist unmöglich sowohl gegenüber Paulus in dem eben betrachteten fr. 6 (wo der *ille* haftet) wie gegenüber demselben Ulpian in D. 43, 16, 1, 13 (*non enim excusatus est, qui i u s s u alicuius deiecit*). Der Fall I könnte aus der Behandlung der Konkurrenz also nur dann ausscheiden, wenn ein Anlaß ersichtlich wäre, aus dem Ulpian ihn lediglich zwecks Hervorhebung der Haftung des *iubens* angeführt haben mochte. Aber das gerade Gegenteil eines solchen Anlasses ist zu erweisen. Da das *terram congerere in sepulchro alieno* ein rechtlich irgendwie abweichend zu beurteilender Tatbestand des (*vi aut*) *clam facere* nicht ist, so hat der erste Satz einen Sinn, der, für sich allein

1) Pand. II § 72 N. 6. 2) 747 N. 3. 3) Individ. d. Oblig. 64 ff. 4) 41 ff. 5) 77, 427 ff. 6) 358 ff. 7) Levy, Sponsio 129 N. 3.

8) Und widerspricht auch Binder selbst, der (372 ff.) D. 43, 16, 1, 13 als Fall der Anstiftung behandelt, obwohl hier nur vom *iussum* und nicht vom *mandatum* die Rede ist.

9) In einem anderen Sinne, als Binder sie gemeint hat, sind seine Worte freilich richtig; denn weder *iussum* noch *mandatum* lassen sich mit „Anstiftung" wiedergeben: s. oben S. 291.

10) S. oben S. 291 N. 2—5. Der Unterschied zwischen beiden Begriffen besteht hier, wo auf die juristische Natur des Innenverhältnisses nichts ankommt, wesentlich darin, daß *iubere* im Gegensatz zu *mandare* eine rechtliche oder soziale Verschiedenheit zwischen den Beteiligten ausdrückt. Zu weit in der Annäherung beider Begriffe geht Sokolowski, Mandatsbürgsch. 64.

genommen, Ulpian niemals Grund gegeben haben kann, ihn an dieser Stelle auszusprechen. Denn daß der Jubent haftet, besagt schon der erste Satz, den er der Passivlegitimation widmete (D. eod. 5, 8); und auch da erscheint er nicht als ein eigenes Erzeugnis, das ihn zu einer unterstreichenden Wiederholung hätte verleiten können, sondern als ein (für einen Klassiker) uraltes Inventarstück, das, wie er mitteilt, auf Qu. Mucius zurückgeht. Auch daß Labeo an der Ausgestaltung dieses Satzes beteiligt war, berichtet Ulpian ebendort (§§ 9. 10. 13) bereits ausführlich. Endlich kommt er — von allem andern abgesehen — unmittelbar vor unserem Anfangssatz in D. eod. 15, 1 wiederum unter Zitierung Labeos auf die Haftung des Jubenten zu sprechen, aber wiederum nicht ex professo, sondern bei Gelegenheit eines anderen Falles. Danach dürfte mit einer Sicherheit, wie sie die Digesten selten gewähren, die Möglichkeit, daß Ulpian den ersten Satz unseres § 2 um seiner selbst willen geschrieben habe, widerlegt sein. Zu welchem Zwecke er ihn aber hierher gesetzt hat, ist gleichfalls leicht zu erkennen: nur um die Konkurrenz zwischen *iubens* und *iussus* zu erörtern. Das beweist nicht nur der übrige Inhalt des Fragmentes, sondern dessen Stellung im ganzen Kommentar. Wie schon hervorgehoben[1]), hat das Thema der Konkurrenz am Schlusse des Kommentars zum einzelnen Edikt neben den Themen der Vererblichkeit und der Annalität seinen hergebrachten Platz. Und gerade diesen Platz haben wir vor uns: im § 3 wird die Vererblichkeit und in den §§ 4—6 die Annalität besprochen, während Ulpian alsdann zur Erläuterung der *formula arbitraria* übergeht.[2])

Ist dieses Ergebnis richtig — wofür ganz besonders der Umstand spricht, daß der Beweis durch außerhalb unseres Fragmentes liegende Momente geliefert wurde —, so muß der *iussum*-Fall der *casus superior* sein. Daß die für diesen ausgesprochene Entscheidung[3]) der befreienden

1) S. 287 N. 1. 2) Lenel 464.

3) Diese Entscheidung, die vorlängst Pernice, Z. f. HandelsR. 33, 433f. (über ihn auch u. S. 301 N. 7) mit geringem Erfolg (vgl. statt aller Eisele 77, 430) angegriffen hatte, ist neuerdings wieder von Bonfante, Corso sulle obbligazioni (1912) [mir nicht zugänglich] und Albertario, Rendiconti del R. Istit. Lombardo 1914, 507f. für tribonianisch erklärt worden. Indessen widerstreitet sie Justinians Reformen (s. etwa ob. S. 162ff.) so diametral, daß ihre Überlieferung sich umgekehrt überhaupt nur mit flüchtigem

Wirkung der *litis contestatio* mit den obigen Ausführungen übereinstimmt, braucht bloß registriert zu werden. Hingewiesen sei nur darauf, daß die Lösungen Ulpians in unserer Stelle und in D. 43, 16, 1, 13 angesichts der beobachteten gleichen Entwickelung der Haftung des Mandanten bei beiden Interdikten sich in ihrer Übereinstimmung gegenseitig selbst die denkbar stärkste Stütze bieten, wie sie ferner auch dahin wirken, daß der letzte Zweifel an dem byzantinischen Ursprung des *satisfaciente* in D. 43, 24, 6 schwindet. Verschieden ist in den drei Fragmenten nur die Stellungnahme der Byzantiner, die in fr. 1 § 13 und fr. 6 citt. ihre Solutionskonkurrenz zur Geltung brachten, während ihnen fr. 15 § 2 entschlüpfte.

Oder sollte es ihnen doch nicht ganz entgangen sein? Die dem Entscheidungssatze voraufgehenden Worte *quin immo perceptio ab altero* haben von jeher Schwierigkeiten gemacht, da ihre jetzige Stellung im Text sie unweigerlich zu dem vorgängigen *non liberabit* zieht und sich deshalb ein verständlicher Sinn nur ergab, wenn man vor *perceptio* ein *nec* einschob.[1]) Dieser in keiner Handschrift belegte Einschub ist, wenn auch nicht reine „Willkür“[2]), so doch jedenfalls recht mißlich.[3]) Wäre es deshalb nicht vielleicht denkbar, daß

Übersehen der Kompilatoren erklären läßt (s. den Text). Auffällig ist einzig das substantivische *conventio*, das im Sinne von Belangung im Bereich des VIR. (I 1027) sonst nur noch in Ulp. D. 6, 1, 45 (Pernice, Labeo II 2, 87 f., Partsch, ZSSt. 31, 430) erscheint. Aber auch in diesem Worte ist byzantinischer Ersatz für die an sich ja gar nicht anstößig gewesene *litis contestatio* (Wlassak, Anklage u. Streitbefest. 191; s. auch ob. S. 162 N. 4; ferner Wlassak 150 N. 23) nicht zu erblicken. Vielmehr nimmt *conventio* das unmittelbar vorangehende *conventus* wieder auf, wie es ja auch seinem Gehalt nach nicht farbloser ist als das Verbum (Wlassak a. a. O. 128, 192 N. 7 und sonst), das seiner grammatischen Handlichkeit wegen nichtsdestoweniger gerade im Konkurrenzrecht fast technisch geworden ist (VIR. I 1020, 4—7; vgl. auch ob. S. 246 ff.).

1) So Mommsen, Eisele, Binder; vgl. auch P. Krüger zdSt., Bekker, Aktionen I 178. 2) So H. Krüger, ZSSt. 22, 221.

3) Diskutabel ist er überhaupt nur vom Standpunkt der Textkritik aus. Denn wenn man annimmt, daß die befreiende Wirkung der Zahlung erst von den Kompilatoren stammt (und das beweist ja gerade hier das *conventio alterum liberat*, mit dem eine erhebliche *perceptio* nicht vereinbar wäre), so kann ein Satz, der der Zahlung in einem besonderen Falle die befreiende Wirkung abspricht, ebensowenig klassisch sein. Auf dasselbe Ergebnis führt das Wort *perceptio*: Levy, Sponsio 201 ff.

jene fünf Worte nicht zu *non liberabit*, sondern zu einem positiven *liberat*-Satze gehörten? Freilich würde dann *quin immo* nicht „ja sogar" bedeuten können; aber *quin* heißt ja auch „warum nicht?" (= *qui ne*).[1]. Stellt man sich einen justinianischen oder späteren byzantinischen Professor vor, der in der Digestenhandschrift an unserer Stelle den Ausspruch fand, daß die *conventio* befreien solle, so mußte ihn allerdings dieselbe Verwunderung packen wie heute uns, wenn wir den Lapsus der Kompilatoren bemerken. Dieser seiner Verwunderung hätte er präziser nicht Ausdruck geben können, als wenn er korrigierend über die beanstandeten Worte die Frage gesetzt hätte: „Warum nicht vielmehr die von dem andern erlangte Befriedigung?" Sollten nun bei späterer Kollation dieser Handschrift die übergeschriebenen Worte in den Text aufgenommen worden sein, so müßten wir sie allerdings da vorfinden, wo sie jetzt stehen. Die Annahme eines derartigen nachjustinianischen Glossems ist methodisch durchaus nicht unzulässig.[2]) Ein Glossem hat auch Lenel[3]) vermutet. offenbar in dem Gedanken, daß die Kompilatoren schwerlich etwas eingesetzt haben können, was ihnen selbst unverständlich bleiben mußte. Dann aber ist das Alter des Glossems richtiger auf die Zeit nach als vor Justinian zu bestimmen: aus dem textkritischen Grunde, daß die Kompilatoren eine sinnlose Phrase kaum stehen gelassen hätten, und aus dem sachlichen Grunde, daß vor Justinians Konstitution (C. 8, 40, 28) eine Korrektur, die die *perceptio* an die Stelle der *conventio* setzte, dem Rechtszustand noch gar nicht entsprochen hätte.[4]) Wie dem aber auch sei: Der Lage der Sache nach ist über Hypothesen nicht hinauszukommen. Gegenüber der jetzt herrschenden Vermutung, die ein *nec* einschiebt, dürfte die vorstehend geäußerte, die ohne Änderung zwar nicht der Wortstellung, aber der Worte des Textes auskommt, vielleicht den Vorzug verdienen.

Für den Fall des *communi consilio facere* bleibt sonach der ebenfalls sicher klassische Passus *alter conventus alterum non liberabit* übrig. Wäre diese kumulative Haftung der Mittäter Schriftstellern

---

1) Vgl. Georges und andere allgemeine Wörterbücher.

2) Vgl. etwa Schulz, Einführung 12 N. 2 (mit Literatur).

3) Pal. zdSt.

4) S. oben S. 200.

wie Eisele[1]) und Binder[2]) nicht mißlich erschienen, so würden sie diesen Fall schwerlich zum *casus superior* gestempelt haben. In Wirklichkeit bereitet diese Entscheidung Ulpians nicht nur keine Verlegenheit, sondern sie müßte, wenn sie uns nicht überliefert wäre, aus den allgemeinen klassischen Grundsätzen geradezu abgeleitet werden.[3]) Die einzige Voraussetzung ist, daß die *iudicia* des *interdictum quod vi aut clam* wie alle Deliktsklagen nicht auf Ersatz, sondern auf Strafe gerichtet sind: sie wird von Binder[4]) allerdings nicht gebilligt, dürfte aber anderweit[5]) bereits erwiesen sein.[6]) Dagegen wäre das mehrfach[7]) behauptete Prozeßkonsumptionsverhältnis zwischen Mittätern innerlich, weil dem Wesen der Strafe widersprechend, unbegreiflich und in den klassischen Quellen auch in der Tat ohne Beispiel. Und so begründet die Unmöglichkeit, daß der Mittäterfall der *casus superior* sei, ein neues selbständiges Argument dafür, daß die von Ulpian ausgesprochene Befreiung durch *litis contestatio* sich auf nichts anderes als den *iussum*-Fall beziehen kann.

Die beiden Entscheidungen am Schlusse des Fragmentes sind nunmehr den durch sie betroffenen Fällen zugewiesen. Eine weitere Entscheidung steht, wie die wohl herrschende Meinung mit Recht annimmt[8]), nicht zur Verteilung, und so müßte der Fall III leer ausgehen. Einen Fall III hat aber Ulpian überhaupt nicht gebildet, da der echte Komparativ *superiore casu* authentisch besagt, daß außer ihm nur noch ein einziger Fall zur Erörterung stand.[9]) Was über den

1) A. a. O.; vgl. auch 77. 472 ff.

2) Denn daß Binder den *iussum*-Fall im Sinne der Befreiung durch *litis contestatio* entschieden hätte, ergibt sich aus seiner Besprechung von D. 43, 16. 1. 13: S. 372 ff. 3) S. oben S. 119 f., 288 N. 3. u. S. 476 ff.

4) 363 ff. 5) Levy, Priv. 86 ff.

6) Wie Siber 177 aus unserer Stelle die reipersekutorische Natur der *a. sepulchri violati* schließen kann, ist rätselhaft: aus dem Schlußsätzchen folgt nicht einmal, daß die *a. sep. viol.* dieselbe Natur habe wie das *interd. quod vi aut clam.*

7) So auch Mitteis, Individ. d. Obl. 64 f. nebst den dort N. 67 Zitt.; ferner Ascoli 10 ff., 34 ff., zu unserer Stelle 41 ff.; vgl. noch Braßloff, Zur Kenntn. d. Volksrechts usw. (1902) 14 N. 1. Dagegen prinzipiell Pernice, Z. f. HandelsR. 33, 439 f., den seine teilweise sehr richtigen Gedanken aber auf ein falsches Gleis geführt haben (s. oben S. 298 N. 3).

8) Wegen des *cum omnibus esse agendum* s. weiter im Text.

9) Keineswegs dagegen spricht die von Binder 361 eingewandte Hervorhebung des Tatbestandsmerkmals *communi consilio* in Fall II; denn dieses *communi consilio* begründet ja erst die Konkurrenz (s. auch unten S. 302 N. 6).

Fall III berichtet wird, ist nun auch wirklich nicht von der Art, daß es die Ansicht, er verdanke seine Entstehung einem Glossem, zum Scheitern brächte. Schon Gradenwitz und Dernburg[1]) haben den Passus *si tamen .... in solidum* als „Interpretation eines stümperhaften vorjustinianischen Rechtslehrers" erachtet. Angeregt durch *communi consilio*, schuf der Glossator den Tatbestand *proprio consilio*. Was er sagt, ist aber stilistisch ungeschickt und sachlich unzureichend: *quis* statt *quisque*[2]), das überflüssige und schwerfällige *eorum*, das blasse und auf den ersten Blick nur falsch (auf *pro indiviso factum est*) zu beziehende *hoc fecerit* geben ein Bild von dem Tatbestand, und die Entscheidung *cum omnibus esse agendum* ist, im Sinne von „dürfen" verstanden, kindlich, im Sinne von „müssen" unklar, da sie nicht ausspricht, ob in Höhe des Ganzen oder in Höhe von irgendwelchen Anteilen geklagt werden müsse.[3]) Das sofort zu sagen, reichte das Fassungsvermögen des Glossators anscheinend nicht hin; es wurde, wohl durch ein Glossem im Glossem, mittels des Anhängsels *scilicet in solidum*[4]) nachgetragen. Bei alledem ist das juristische Ergebnis dürftig genug. Denn daß bei getrennten Delikten jeder nur für das seine und nicht für das anderer, für das seine aber selbstverständlich auf das Ganze einzustehen habe, davon enthält der Passus unmittelbar nur die letzterwähnte Banalität. Das, was allenfalls den durch *tamen* eingeführten Gegensatz zum Fall II schaffen konnte, die Nichthaftung für andere, das meinte der Glossator wohl, aber er war unfähig, es zu formulieren. Immerhin wäre auch dieser Gedanke nur sehr bedingt richtig gewesen. Denn wenn überhaupt der Fall getrennter Täterschaft erörtert wird, so ist die Frage, „wie der Kläger nachweisen soll, wieviel Erde jeder auf das Grab geschafft hat", nicht „eine andere Frage", wie Binder[5]) sagt, sondern die überhaupt allein rechtlich interessante.[6]) Und

1) Pand. II § 72 N. 6. 2) Vgl. dazu Bekker, Akt. I 178 N. 34.

3) Eine Übersicht über die in neuerer Zeit gegebenen Auslegungen dieser Worte bei Solazzi, Studi Moriani II 147 N. 54; vgl. Eisele 77, 429 N. 51.

4) Daß nur diese Worte ein Glossem seien, vermuten Schmidt, Interdiktenverfahren 202 f., Mommsen, Lenel (Pal.) und P. Krüger zdSt.; ferner Ascoli 42; vgl. aber auch Eisele 77, 429 f., Bekker, Aktionen I 179 N. 39. 5) 363.

6) Läßt man sie beiseite, so verschwindet jedes Problem. Auch aus diesem selbständigen Grunde ist es nicht glaublich, daß Ulpian so trivial gewesen wäre, die Entscheidung: ... *non liberabit* auf den Fall III zu münzen.

daß im Falle der Nichterweislichkeit der Beteiligung eines jeden ein jeder nicht nur für seine Tat, sondern für die Tat aller und zwar kumulativ einsteht (daß alsdann also der Fall III von dem Fall II gar nicht abweichend entschieden wird), hat schon Julian mit wünschenswerter Deutlichkeit ausgesprochen, und es wird zu Ulpians Zeiten ganz gewiß Gemeingut der klassischen Rechtslehre gewesen sein.[1]) So wird man über unsere Phrase schwerlich zu hart urteilen, wenn man meint, daß das, was sie besagt, Gedanken eines juristischen Schwachkopfes sind, während sie das, was wir von Ulpian bei Gelegenheit des Falles III erwarten dürften, mit Stillschweigen übergeht.

Die restlichen Erwägungen sollen, weil sie das sachliche Bild nicht mehr berühren können, kurz sein. Aus dem Trümmerfeld, das uns von dem Urtext geblieben ist, ragt außer den besprochenen Stücken der Passus *opus enim .... obligare* als sicher klassisch heraus. Auch er hat zu manchem Irrtum Anlaß gegeben, insofern man ihn für das angebliche Konsumptionsverhältnis zwischen Mittätern hat verwerten wollen.[2]) In Wirklichkeit umschreibt der Relativsatz nur den Begriff der Gemeinsamkeit der Handlung, während der Hauptsatz daraus mit Recht die Ganzhaftung ableitet und damit jede Haftung nach Anteilen ausschließt. Irgend etwas weiteres steckt in dem *in solidum* nicht[3]), namentlich nicht der Satz, daß Litiskontestation mit dem einen den anderen befreie oder nicht befreie: wie denn auch die Lösung dieser Frage später noch ausdrücklich gebracht wird. Aber der Passus *licere .... experiri* stimmt dazu freilich nicht, und so wird er denn nicht nur hinsichtlich des von P. Krüger mit Recht[4]) beanstandeten *vel cum singulis* dem Ulpian fremd sein, zumal das übrigbleibende *licere cum uno experiri* in jedem Falle die Hauptsache, nämlich das *in solidum* verschwiege. Aber zu irgendwelcher Sicherheit ist hier nicht mehr zu gelangen. Daß

1) Jul. D. 9, 2, 51, 1; Ulpian selbst in D. eod. 11, 2. Freilich haben beide Fragmente ein gemeinsames Delikt zum Gegenstande: s. u. S. 484 ff.; aber die Beweiskraft wird dadurch kaum gemindert.

2) So Binder 364, Berger, Teilungskl. 157, umgekehrt folgert Mommsen, Strafr. 101 N. 6 aus ihm die kumulative Haftung der Mittäter; ebenso anscheinend Ferrini, Dir. pen. rom. 284.

3) S. oben S. 46 N. 9.

4) Denn entweder ergänzt man zu *cum singulis*: *in solidum*; dann ist das *cum uno* unverständlich. Oder man ergänzt *pro partibus* (so Bekker, Akt. I 179); dann ist der Widerspruch zum Begründungssatze eklatant.

das Fragment nicht nur glossiert, sondern auch übermalt und verkürzt worden ist, davon zeugen noch zwei Tatsachen. Während der Anfangssatz über die Zahl der Täter nichts verlauten läßt[1]) und die folgenden Sätze mehrfach von *plures*, *singuli*, *omnes* reden, setzen die beiden Entscheidungen in wohltuender Übereinstimmung nur zwei Konkurrenten voraus. Ferner: im Anfangssatz spricht Labeo, in den Entscheidungen herrscht direkte Rede, spricht also Ulpian: die Mitte ist in undurchsichtiger indirekter Rede gehalten, die durch ein *factum est* unvermittelt und unvermutet durchbrochen wird.

Nach alledem dürfte textkritisch gerechtfertigt und innerlich begründet sein, daß D. 43, 24, 15, 2 auf folgendem Gegensatz beruht: im Falle des *iussum* tritt Prozeßkonsumption, im Falle wirklicher Mittäterschaft Kumulation ein. Diesen Gegensatz will Dernburg[2]) nur als den Standpunkt Labeos gelten lassen, den „Ulpian gedankenlos ausgeschrieben habe". Für eine solche Verdächtigung Ulpians liegt nicht das mindeste vor.[3]) Daß er bereits die „Solutionskonkurrenz" gekannt habe, wird man heute schwerlich noch glauben wollen.

§ 29. 13. Actio subsidiaria.

Auf die *actio subsidiaria*[4]) bezieht sich das *responsum* des Celsus, das aus seinen Digesten in D. 27, 8, 7 überliefert ist[5]):

In magistratus qui tutorem dederunt, rogo rescribas, utrum pro virili portione actio danda sit, an optio sit eius qui pupillus fuit, cum quo potissimum agat. respondit: si dolo fecerunt magistratus, ut minus pupillo caveretur, in quem vult actio ei danda in solidum est: sin culpa dumtaxat eorum neque dolo malo id factum est, aequius esse existimo pro portione in quemque eorum actionem dari, dum pupillo salva res sit.

1) Gerade das mag zu der Vermutung führen, daß Ulpian in einer Lücke die von Binder 361 vermißte Haftung der Täter (implicite) erwähnt habe.

2) II § 72 N. 6; ihm folgt Girard 747 N. 4.

3) Auch Eisele 77, 474 N. 87 leugnet — freilich von seiner abweichenden Meinung aus — jeden Gegensatz zwischen Labeo und Ulpian.

4) Für die Klassizität dieser Bezeichnung Albertario, Dell' actio subsidiaria 3 N. 1, Levy, Priv. 41 N. 4; gegen sie, m. E. ohne entscheidende Gründe: Brugi, Mél. Girard I 143 ff., Berger, KrVJSchr. 52, 84 f., GrünhutsZ. 42, 738.

5) Lenel, Cels. Nr. 97; dazu gehört D. 22, 3, 11 (Cels. Nr. 96).

Der unmittelbare Inhalt des Fragmentes gibt ihm in unserer Darstellung keinen Platz. Wenn wir jedoch an der obigen Behauptung[1]) festhalten, daß jede Erörterung darüber, ob *pro portione* oder *in solidum* gehaftet werde, das Vorliegen einer *eadem res* voraussetzt, so taucht eine ähnliche Frage auf, wie wir sie soeben gegenüber den Interdikten aufzuwerfen hatten. Die *actio subsidiaria* ist eine Strafklage.[2]) Wie erklärt sich also die *eadem res* anstatt der Kumulation, die wir zu erwarten hätten?

Die Besonderheit, die dieser Abweichung den inneren Grund gibt und in ihrer Eigenart auch in den Quellen zum Ausdruck kommt, liegt in dem Regreßzweck der Klage, die *ita demum competit, si universis excussis facultatibus tutorum satis ei fieri non potuerit*[3]), und dies deshalb, weil die zu

1) S. 178 f. 2) Levy, Priv. 41 ff.

3) Das gesperrt Gedruckte ist (was bisher nicht beachtet zu sein scheint) sowohl in Ulp. fr. Arg. 11 (nach Seckel-Kübler) wie in der annähernd gleichzeitigen Konstitution Caracallas (C. 5, 75, 1, 1) überliefert. Im übrigen stammt das obige Zitat aus dem Straßburger Fragment bis auf die Worte *competit, si universis*, die in der Konstitution stehen. Es wird kein Bedenken haben, sie an Stelle der die Lücke nicht ganz füllenden Worte *pupillo datur, si* (so Lenel bei Seckel-Kübler) vor *excussis* zu vermuten; *competit* würde nicht gegen Ulpian sprechen (vgl. Peters, ZSSt. 32, 219 N. 5) und sich als Bericht über das materielle Recht von dem folgenden die prozessualen Momente hervorhebenden Passus gut abheben. Die Übereinstimmung beider Fragmente, die überdies den von Beseler II 116 und Solazzi, Minore età 153 ff., Bull. 25, 99 (anders noch Bull. 22, 39 ff., Rotondi, von S. zitiert) verfochtenen Interpolationsverdacht völlig ausschließt, kann jedenfalls nicht auf Zufall beruhen, und so möchte es naheliegen, an Zitate aus dem Senatuskonsult Trajans (vgl. C. 5, 75, 5) zu denken. Dies ist um so wahrscheinlicher, als Ulpian, der nach dem Alinea „zunächst die Voraussetzungen der *actio subsidiaria* im allgemeinen beleuchtet" (Lenel, Sitzungsberichte der Berl. Akad. 1903, 936), vernünftigerweise einen anderen Ausgangspunkt als das SC. überhaupt nicht wählen konnte. Und so darf man erneut die Frage aufstellen, ob nicht das die vierte Zeile der zweiten Versokolumne einleitende deutlich überlieferte S̄C̄ mit *senatum censuisse* aufzulösen sei. Mommsen hat diese Auflösung ausdrücklich für zulässig erklärt (vgl. Lenel a. a. O. 931 N. 3; s. auch Cappelli, Lex. abbrev. 310), Lenel und Seckel-Kübler haben sie aber abgelehnt. Gegen Lenels Vorschlag, S̄S̄ = esse zu lesen, spricht die abweichende sichere Lesung, gegen Seckel-Kübler, die *scribit* auflösen, die Unwahrscheinlichkeit, daß Ulpian, um den elementaren Inhalt und Zweck der *actio* mitzuteilen, sich auf einen Juristen bezogen haben sollte; an Stelle von *Scaevola ait* wäre ein Ausdruck wie etwa *constat* (vgl. C. 5, 75, 5 i. f.) vorzuziehen. Auch ist ein

belangenden Munizipalmagistrate von den Tutoren Sponsoren *accipi neglexerunt vel quos minus idoneos acceperunt*.[1]) Sie war zweifellos auf das Interesse des Mündels abgestellt und hatte daher wirtschaftlich keinen anderen Zweck als den, die Magistrate als Schuldner in die Stelle der fehlenden oder ungeeigneten Sponsoren einrücken zu lassen (*sufficere enim, si in locum eorum succedant*).[1]) Antoninus Pius selbst zog wahrscheinlich den Gesichtspunkt *loco fideiussoris* heran, um die Erbenhaftung in beschränktem Maße einzuführen.[2]) Da kann es nicht wundernehmen, daß bei der Regelung der Haftung mehrerer Magistrate der gleiche Gedanke bestimmend wurde.

Und dafür haben wir, wenn nicht alles trügt, ein unmittelbares Zeugnis. Ulp. fr. Arg. 12 handelt von der zwischen Julian und Marcellus streitigen Frage, ob die (*duoviri*) *ut sponsores an potius ut fideiussores deberent teneri*. Zwar bezieht das Lenel[3]) auf die passive Vererblichkeit; aber es sprechen dagegen starke Bedenken. Einmal wird die Erbenhaftung schon in fr. 11 besprochen und, da dessen Schlußsatz sich nicht mehr darauf bezieht, dort offenbar auch zu Ende geführt; das ist anscheinend Lenels eigene Meinung, wenn er in der Lücke zwischen *magistratus* und *non ut tutores* ein *ipsi*[4]),

Anlaß dafür, daß mitten in der indirekten Rede (*esse ..... eamque ..... dandam divumque ..... rescripsisse*) das regierende Verbum wieder aufgenommen worden sein sollte, nicht ersichtlich. Ferner schließt sich die Erwähnung des Reskripts an die des Senatsbeschlusses weit zwangloser an als an den Auszug aus einer Juristenschrift, ja, die ganze Mitteilung über die Erbenhaftung, „die mit dem vorliegenden Falle gar nichts zu tun" hat (Lenel a. a. O. 936), erklärt sich vielleicht aus der Absicht Ulpians, zunächst die positivrechtlichen Quellen aufzuführen. Mit unserem Vorschlag verträgt sich auch das in D. 27, 8, 2 folgende *senatus enim consultum pupillo subvenit* besser: das setzt, da der Ton auf *pupillo* liegt, eine Erwähnung des Senatsschlusses voraus, während es vielleicht andererseits gegen das in der letzten Zeile der ersten Versokolumne von Lenel bei Seckel-Kübler ergänzte *pupillo* spricht. Schließlich würde *actionem ..... dandam senatum censuisse* die denkbar korrekteste Ausdrucksweise (vgl. etwa lex munic. Malac. LXIII. i. f. [Bruns-Gradenwitz I 153], SC. de Bacchan. Z. 25 [ebenda I 165]) für die anderweit feststehende (Levy, Priv. 41 ff.) Tatsache sein, daß der Senat den Prätor zur Gewährung einer *actio in factum* veranlassen wollte.

1) Vgl. Ulp. fr. Arg. 12 i. f. 2) Levy, Priv. 44 N. 4, 6.

3) Sitzungsber. a. a. O. 932 f., ZSSt. 24, 418; ebenso Rotondi, Bull. 25, 54 N. 4.

4) Sitzungsber. a. a. O. 926 N. 6; s. dazu unten S. 307 N. 4.

also einen Übergang von der Haftung der Erben zu der der Magistrate selbst erwartet hätte. Weiter wäre aber, die Erbenfrage als Thema des fr. 12 vorausgesetzt, Julians Standpunkt widerspruchsvoll: spricht er sich in fr. 12 für die Analogie der Fidejussoren (im Gegensatz zu der der Sponsoren) aus, so mußte er, wollte er sie für die Erbenhaftung folgerichtig durchführen, sich zugunsten dieser Haftung[1]) und nicht, wie in fr. 11 bezeugt ist, gegen sie erklären. Sucht man für fr. 12 aber nach einem anderen Thema, so gibt es freilich mehrere Möglichkeiten, beispielsweise das *biennium legis Furiae* gegenüber der Dauerhaftung der Fidejussoren.

Aber keine Frage trat da, wo in den Tagen der noch neuen *epistula divi Hadriani* die Unterschiede zwischen *sponsio* und *fideiussio* erörtert wurden, mehr in den Vordergrund als die Haftung mehrerer. War man sich doch, wie Gai. III 121 zeigt, damals nicht nur der durch die *epistula* herbeigeführten Annäherung der Bürgschaftsformen, sondern ihrer verbliebenen Verschiedenheiten sehr wohl bewußt.[2]) Und diese Verschiedenheiten stellten sich in einem Falle wie dem vorliegenden, in dem unter Umständen *beneficium dividendae actionis iniuriam habere visum est*[3]), in erhöhtem Maße heraus. Deshalb wird man es für ausgeschlossen halten dürfen, daß bei jener allgemeinen *quaestio* der Haftung mehrerer nicht gedacht worden sein sollte: um so mehr als ja als Schuldner hier von Rechts wegen stets mehrere in Betracht kamen. Schließlich fallen noch einige Besonderheiten unseres Fragmentes für diese Bestimmung des Themas ins Gewicht. Einmal ist bemerkenswert, daß fr. 12 durchweg im Plural redet, während vor dem mit *et magistratus* beginnenden Teile des fr. 11 mehrere Phrasen hindurch der Singular herrscht.[4]) Vor allem aber handelte ja der in Ulp. D. 27, 8, 2 proponierte Fall, der, wie Lenel[5]) trefflich darlegt, die ganze theoretische Erörterung attrahiert hat, von der Frage des Regresses des *in solidum* zahlenden Mitvormunds gegen die Magistrate. Gerade

1) Vgl. Gai. III 120.

2) S. dazu Levy, Sponsio 141.

3) Pap. D. 46, 6, 12; dazu Levy, ZSSt. 37, 78 ff.; vgl. auch u. S. 308 N. 3.

4) Würde man — was möglich zu sein scheint — in der Lücke zwischen *magistratus* und *non* lesen können: *duo*, so wäre der Beweis erbracht; vielleicht läge darin ein beabsichtigter Gegensatz zu *duos tutores* im Anfange von D. 27, 8, 2.

5) Sitzungsber. a. a. O. 936. Über D. 27, 8, 2 Levy, ZSSt. 37, 33 ff.

das gibt den Anlaß zu der Erwägung, ob die Magistrate wie Tutoren oder Sponsoren oder Fidejussoren zu behandeln seien. Und von der Frage des Regresses zu der der Ganzhaftung ist nur ein kleiner Schritt.

Celsus freilich (fr. 7 cit.) läßt irgendwelche Berührungspunkte mit der Ansicht des Julian oder des Marcellus nicht erkennen. Aber schwerlich liegt hier ein dogmatischer Gegensatz zugrunde. Vielmehr scheint sein Responsum uns in die Zeit des trajanischen Senatuskonsults zurückzuführen, da es galt, das durch dieses geschaffene Neuland überhaupt erst urbar zu machen. Nichts spricht dafür, die Eigenart der Gesichtspunkte und der Diktion[1]) aber stark dagegen, daß Celsus bei Abfassung des fr. 7 die *epistula Hadriani* schon gekannt habe. Vorsichtig wägt er ab, ob an der durch die Pönalität der *actio* gegebenen Ganzhaftung festzuhalten oder der durch die *lex Furia* nahegelegten Teilhaftung Raum zu gewähren sei, um schließlich das letztere wenigstens für den Fall bloß fahrlässiger Pflichtverletzung für *aequius* zu erklären.

Wie Ulpian sich entschieden hat, ist aus seiner zunächst wohlwollenden Stellungnahme zu Marcellus nicht zu entnehmen; unzweifelhaft bricht das Straßburger Fragment mitten in der Darstellung ab. Sehr wahrscheinlich wird er sich Julians Standpunkt angeeignet haben[2]), der dem modernen Billigkeitsbedürfnis mehr entgegenkam[3]) und hernach von Gordian C. 5, 75, 3 (a. 238)[4]), vor allem aber schon von Paulus (D. 26, 7, 45) wie selbstverständlich zugrunde gelegt wird. Seine Worte[5]):

sed haec in magistratibus tractavi, q u a s i d u o r e i e i u s d e m d e b i t i e s s e n t o m n i m o d o: quod non ita est, nam si uterque idoneus est, electio locum non habet,

1) Celsus hätte doch wohl nicht *dum pupillo salva res sit* geschrieben, wenn, wie es seit der *epistula* den Anschein hat, der technische Ausdruck *solvendo esse* hieß: vgl. etwa Gai. III 121, Paul. sent. I 20, Pap. D. 27, 7, 7; 46, 1, 51, 1. 4. Ulp. D. 46, 1, 27 pr. § 2, Paul. D. eod. 28, C. 8, 40, 10, 1 (Alex. Sev.).

2) Ebenso im Ergebnis L e n e l, Sitzungsber. 932 f., ZSSt. 24, 418.

3) Wurde das Prinzip des *ne*-Satzes in Pap. D. 46, 6, 12 i. f. folgerecht durchgeführt, so bedeutete das gegenüber der *actio subsidiaria*, daß der Mündel auf Antrag eines Magistrates beide gemeinsam belangen mußte: L e v y, ZSSt. 37, 80 f.

4) Unzutreffend dazu B e s e l e r II 116, S o l a z z i, Min. età 154; vgl. oben S. 305 N. 3. 5) Über sie L e v y, ZSSt. 37, 45 ff.

welche Ganzhaftung und *beneficium divisionis* deutlich heraustreten lassen, beweisen, wie sich im Laufe der Zeit das Außenverhältnis ganz nach dem Muster des Fidejussorenrechts[1]) ausgebildet hat, während nach innen in Anlehnung an das Tutorenrecht eine *actio negotiorum gestorum utilis* gegeben worden zu sein scheint[2]).

In jedem Falle steht fest, daß das Recht der *a. subsidiaria* positivrechtlich[3]) in anomaler Weise nach dem Vorbild sachverfolgender Aktionen gestaltet worden ist.[4]) Die dementsprechend doch wohl schon von Celsus angenommene, von Paulus ausdrücklich betonte *eadem res* ist deshalb ebensowenig gegen die Strafnatur der Klage wie gegen den allgemeinen Satz von der kumulativen Haftung mehrerer Täter zu verwerten.

§ 30. **14. Noxalklagen.**

Zahlreich sind die Belege, die über die passive Personenkonkurrenz gegenüber Noxalklagen Auskunft geben. Soweit hier nicht gleichzeitig Aktionenkonkurrenz eingreift[5]), gliedern sich die Fälle in drei Gruppen:

a) mehrere *domini ignorantes*,

b) das Verhältnis dessen, der *in iure suum esse servum responderit*, zum wirklichen *dominus*,

c) mehrere, die *dolo malo fecerunt, quo minus servus in potestate sua esset*, und verwandte Fälle.

a) In einer dem Falle b gewidmeten Erörterung berührt Paulus vergleichsweise den Fall a mit einigen Worten, die vielleicht gerade deshalb dem Spürsinn der Kompilatoren entgangen und in ihrer

---

1) Nicht des Tutorenrechts: Levy a. a. O. 87 f.

2) Sonst wäre das *idemque dicemus* im fr. 45 nicht verständlich (vgl. oben S. 234). Auch sachlich ist nichts dawider zu erinnern, weil anders als bei den Bürgen eine Geschäftsführung in Frage steht. — Ausdrücklich bezeugt ist die Regreßklage in Jul. D. 3, 5, 29 und Anonym. schol. αὐτιλίαν zu Bas. 38, 3, 1 (Heimb. III 714) (dazu Partsch, Neg. gest. I 43 f.), ferner auch in Ulp. D. 50, 8, 2, 9 (dazu gl. *ex aequitate*) und arg. Pap. D. 50, 1, 12. Daß sie nur wegen des an die Gemeinde (*alterius nomine*) Gezahlten zuständig gewesen wäre, ist darum, weil hier die Haftung nach außen abweichend geordnet war (Levy, ZSSt. 37, 46 N. 5. 83 ff.), durchaus noch nicht wahrscheinlich.

3) Vgl. dazu Levy, Priv. 45 N. 5.

4) Vgl. auch Binder 298 f.

5) Über diese Fälle unten § 33.

Echtheit jedenfalls über allen Zweifel erhaben sind. Die viel behandelte Stelle lautet: D. 11, 1, 20 pr.:

Qui servum alienum responderit suum esse, si noxali iudicio conventus sit, dominum liberat: aliter atque si quis confessus sit se occidisse servum quem alius occidit[, vel si quis responderit se heredem: nam his casibus non liberatur qui fecit vel qui heres est]. nec haec inter se contraria sunt: nam superiore casu ex persona servi duo tenentur, sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento alter quoque liberatur: at is qui confitetur se occidisse vel vulnerasse, suo nomine tenetur, nec debet impunitum esse delictum eius qui fecit propter eum qui respondit: [nisi quasi defensor eius qui admisit vel heredis litem subiit hoc genere: tunc enim in factum exceptione data summovendus est actor, quia ille negotiorum gestorum vel mandati actione recepturus est quod praestitit: idem est in eo, qui mandatu heredis heredem se esse respondit vel cum eum alias defendere vellet.]

Ganz allgemein von der Noxalklage schlechthin redend[1]), sagt Paulus von den gemeinsamen *domini*, daß *altero convento alter quoque liberatur*, indem er diese anerkannte Entscheidung als Korrelat dafür anführt, daß man die *domini* als *ex persona servi* haftend betrachtet. Damit tritt das Fragment in die Reihe der seltenen Belege, die nicht nur in unzweifelhafter Weise Prozeßkonsumption eintreten lassen, sondern auch deren inneren Grund andeuten. Der kurze Ausdruck *ex persona servi duo tenentur* stellt, wie auch das *dicimus* nahelegt, naturgemäß keine auf die subtilste Formel gebrachte Regel dar, sondern zeigt nur die Tendenz, in der sich die Argumentation bewegt. In dem strengen Sinne, wie es bei den adjektizischen Klagen zutrifft[2]), ist es nämlich nicht richtig, daß die *domini ex persona servi* haften; denn nicht der *servus*, sondern sie selbst sind Subjekt der in der *intentio* wiedergegebenen zivilen Obligation.[3]) Trotzdem ist der Ausdruck noch immer treffend genug. Einmal bringt er eine willkommene Bestätigung der oben dargetanen Tatsache, daß *causa* einer Noxalklage nicht ein in der Person des *dominus* liegendes Moment[4]), sondern

1) Lenel, Paul. Nr. 1283: *de noxalibus actionibus.*

2) S. 151 f. 3) S. oben S. 165 f.

4) Namentlich nicht das Eigentum an dem Sklaven, wie Eisele 77, 426 meint: wie das *ex persona* zeigt, wird der Sklave hier als Träger von Rechten und Pflichten in einen Gegensatz zu der *persona domini* gestellt, nicht aber unter dem Gesichtspunkt des Rechtsobjekts betrachtet. Außerdem würde

das Delikt des Sklaven ist.[1]) Und ferner erweist er, daß der *dominus* nur wegen der dem *civiliter* nicht angreifbaren Sklaven gebührenden Strafe haftet[2]), woraus, da der Sklave wegen einer Tat bloß einmal bestraft werden kann, ohne weiteres folgt, daß die mehreren Noxalklagen lediglich die Einbringung dieser einen Strafe zum Ziel haben, also denselben Zweck verfolgen. — Freilich trifft das Letztgesagte nur zu, falls die *domini* hinsichtlich der Tat des *servus* lediglich als *domini* in Betracht kommen, d. h. soweit sie von der Tat keine *scientia* haben; anderenfalls werden sie ja nicht *ex persona servi*, sondern *suo nomine* zur Rechenschaft gezogen.[3]) Damit ist in das Fragment keine ihm fremde Unterscheidung hineingetragen[4]): daß es die *ignorantia* der *domini* nicht ausdrücklich erwähnt, wird durch die Knappheit, mit der es den Fall a mehr andeutet als bespricht, vollauf erklärt; daß es die *ignorantia* der *domini* voraussetzt, zeigt die dem entgegengesetzt entschiedenen Falle beigegebene Begründung *nec debet impunitum esse delictum eius qui fecit*: eine Begründung, die für die *domini scientes* gleichfalls zuträfe, bei den *domini ignorantes* aber allerdings versagt.

Es bedarf fast nur des Hinweises auf die klare, ersichtlich klassische Entscheidung und Erwägung dieser Stelle, um die „Solutionskonkurrenz" als interpoliert erscheinen zu lassen, die derselbe Paulus in D. 11, 3, 14, 2 behauptet haben soll. Dort heißt es in der zweiten Hälfte:

> *Item si servus communis extraneum corruperit, videndum est, utrum cum duobus agi debeat an et cum singulis exemplo ceterarum noxarum: et magis est, ut unusquisque in solidum teneatur,* [*altero autem solvente alterum liberari*].

Die Frage geht ausführlich und zweifelsfrei dahin, ob gegen beide *domini* (d. h. nach Maßgabe eines irgendwie zu berechnenden Anteils) mit der *actio servi corrupti* geklagt werden muß oder ob nach

---

nach Eisele *eadem causa* nur dann vorliegen können, wenn die Bruchteile der mehreren Eigentümer die gleichen wären.

1) S. 167 f. 2) Vgl. oben S. 168.

3) S. oben S. 168 N. 1 und 3 sowie Paul. D. 9, 4, 9: *sui enim facti nomine poenam meruit.*

4) Sie übersieht Binder 384 ff., namentlich 390, wie er überhaupt die Grundlagen der Haftung des *dominus sciens* verkennt: s. oben S. 166 N. 3, S. 167 N. 3; ferner unten § 75.

dem Beispiel der übrigen Noxalklagen[1]) auch gegen jeden einzeln (d. h. *in solidum*) [geklagt werden kann]. Paulus entscheidet sich dafür, daß jeder auf das Ganze haftet.[2]) Damit ist der Frage Genüge geschehen. Aber die Fragestellung selbst belehrt uns weiter, daß Paulus die sonach bejahte Konkurrenz der beiden Solidarklagen im Sinne einer *eadem res* gelöst hätte[3]), falls es ihm um diese Lösung hier zu tun gewesen wäre. Über all das schreitet nun der Schlußsatz hinweg, der unbekümmert um das Fehlen einer entsprechenden Frage die *litis contestatio* weder positiv noch negativ als erheblich ansieht, sondern einfach die *solutio* befreien läßt; die *solutio* als Schlagwort der justinianischen Konkurrenzlehre[4]) ohne das Bedenken, ob nicht die *noxae deditio* seitens eines *dominus* erst recht befreiende Wirkung haben müßte. Kommt noch hinzu, daß der Schlußsatz mangels eines regierenden Verbums in der Luft hängt[5]), so ist nicht daran zu zweifeln, daß er der Neigung der Kompilatoren, ihre Solutionskonkurrenz zur Geltung zu bringen, seine Entstehung verdankt.[6])

Man könnte zum Erweise der Prozeßkonsumption bei den *actiones noxales* im Falle des *servus communis* vielleicht noch Ulp. D. 9, 4, 5 pr. heranziehen.[7]) Etwas Ausdrückliches sagt indessen der überlieferte Text darüber nicht. Da er für den Fall der *domini scientes* eine unmittelbare Entscheidung der Konkurrenz enthält, so ist es zweckmäßig, das Fragment erst bei Besprechung der Kumulationserscheinungen[8]) im Zusammenhange zu erörtern.

Wie gegenüber der *a. noxalis* dürfte die Personenkonkurrenz gegenüber der *a. de pauperie* entschieden worden sein. Das ist aus

1) Diese Worte erheben die Stelle zu einer allgemeingültigen, sie machen also den Widerspruch mit fr. 20 pr. cit. noch offenbarer.

2) Nur das heißen die Worte; über das Konsumptionsverhältnis der beiden Klagen *in solidum* enthalten sie nichts: oben S. 46 N. 9. „Überflüssig" wäre daher der Schlußsatz nicht, wie Binder 391 annimmt.

3) S. oben S. 178 f. 4) S. oben S. 162 ff.

5) Darauf hat schon H. Krüger, ZSSt. 22, 222 aufmerksam gemacht.

6) Die Interpolation hat zuerst Binder 391 behauptet (ebenso jetzt P. Krüger zdSt.); seine Frage „Warum sollen die Kompilatoren nicht auch einmal gut interpoliert haben?" ist aber wenig angebracht.

7) Dagegen ist Ulp. D. 9, 4, 8 zu diesem Zwecke nicht verwertbar; anders Vangerow, Pand. § 573 Anm. 2 Nr. 4, Ascoli 35, der sich dafür mit Unrecht auf Ribbentrop, Korrealobl. 243 ff. beruft. 8) S. unten § 75.

allgemeinen Gründen zu folgern. Aus den Quellen erfahren wir nur, daß ein Konkurrenzfall besteht. Wenn Ulp. D. 9, 1, 1, 14 schreibt: *denium si commune plurium sit animal, adversus singulos erit in solidum noxalis actio, sicuti in homine*, so deutet nichts darauf hin, daß er mehr hat sagen wollen als Paulus in dem echten Teile von D. 11, 3, 14, 2.[1])

b) Ob das Konkurrenzverhältnis zwischen dem wahren *dominus servi* und dem, der sich auf *interrogatio* des Klägers hin *in iure* dafür ausgegeben hat, hier oder erst unter den doppelten Konkurrenzen zu behandeln ist, läßt sich diskutieren. Für das letztere scheint zu sprechen, daß gegen den *ex responso suo* Haftenden nicht mit der gewöhnlichen *actio*, sondern mit der *actio interrogatoria* vorgegangen wird. Aber wie sieht denn die gewöhnliche Noxalklage aus? Bekanntlich gibt es drei verschiedene Formeln, je nachdem der Beklagte sein Eigentum oder seine *potestas* oder nichts von beidem bestritten hat.[2]) Im letzteren Falle gibt der Prätor eine *formula interrogatoria*, die ihren Grund und ihre Eigenart darin hat, daß es für die Entscheidung dahingestellt bleiben kann, ob der Beklagte der wirkliche Eigentümer usw. ist oder nicht, die also ebenso gut gegen den Eigentümer wie gegen den Eigentum vorgebenden Nichteigentümer verwendbar ist. Somit ist gerade die die Konkurrenz begründende Tatsache, daß der die Defension übernehmende Beklagte (entgegen seiner *responsio*) eine vom *dominus servi* verschiedene Person ist, für die Fassung der Formel ohne Belang. Daraus erhellt, daß es sich um eine bloße Formelkonkurrenz[3]) handelt, wie sie ebensogut vorkommen kann, wenn derselbe Kläger gegen denselben Beklagten mit derselben *actio* zum zweiten Male vorgeht. Andererseits ist — und das bildet die Probe auf das Exempel — eine identische Formelfassung gegenüber jeder der konkurrierenden Personen möglich, insofern sowohl der Dominus wie der Pseudodominus mit der *actio noxalis interrogatoria*[4]) belangbar ist. Demnach steht einfache Personenkonkurrenz in Frage.

---

1) S. oben S. 312 N. 2; auch Binder 392.

2) Vgl. Lenel 159—161; die bei Lenel unter 1, 2 und 3 verzeichneten Formeln werden hier als Formel I, II, III angeführt.

3) S. oben S. 27.

4) Über deren Formulierung einerseits Lenel 160, andererseits Partsch, ZSSt. 31, 412 f.

Am grundsätzlichsten und eingehendsten wird sie in dem vorhin[1]) wiedergegebenen D. 11, 1, 20 pr. erwogen. Die Entscheidung weist klar auf Prozeßkonsumption; sie wird zunächst mit *si .... conventus sit, dominum liberat* ausgesprochen und später, nachdem mit *superiore casu* die gedankliche Verbindung hergestellt ist, begründet. Die Begründung ist die gleiche wie bei dem *servus communis*, auf den als einen allbekannten Regelfall Paulus mit den oben erörterten Worten verweist. Auch Dominus und Pseudodominus haften beide *ex persona servi*: auch den gegen sie gerichteten Klagen liegt als gemeinsame *causa* die Tat des Sklaven zugrunde, und das Ziel ist dasselbe, weil nur die vom Sklaven[2]) verdiente Strafe, also eine einmalige Strafe Gegenstand beider Klagen ist. Die Argumentation ist lehrreich aber auch in dem, was sie verschweigt. Warum spricht Paulus nicht von der durch die *confessio falsa* bewirkten *translatio actionis*[3]) oder *obligationis*[4])[5])? Nicht etwa deshalb, weil die *translatio* nur prätorische Wirkungen äußert[6]): denn der Prätor läßt bei der Abfassung der *formula interrogatoria* die *intentio iuris civilis* unberührt[7]) und stellt ja so die zivile Konsumption erst recht ins Licht. Der Grund liegt vielmehr darin, daß eine Berufung auf die *translatio iudicii* leicht zuviel und deshalb gar nichts bewiesen hätte. Denn an sich ist die *translatio* nicht privativ, sondern kumulativ, und sie ruft auch nicht *eadem res* zwischen der alten und der neuen *obligatio* hervor. Ihre Wirkung beschränkt sich darauf, daß eine Verpflichtung des *respondens* aus derselben *causa* angenommen wird, zu der er sich *in iure* bekannt hat. Ob dagegen auch das Ziel beider Verpflichtungen dasselbe ist, muß der gleichen Prüfung unterworfen werden, wie jeder andere Konkurrenzfall.

Diese Prüfung führt zu einem die Identität des Zweckes verneinenden Ergebnis, wenn der Zweck darin besteht, den Täter für eigene Tat zu strafen. Da hier die Rechtsfolgen von dem Standpunkt

---

1) S. 310.

2) Und ihm allein; der Fall der *scientia* eines der beiden oder beider Konkurrenten liegt nicht im Gesichtskreis des Fragmentes; s. oben S. 311.

3) So z. B. Paul. D. 11, 1, 13 pr. 4) So z. B. Javol. D. 11, 1, 14 pr.

5) Warum spricht er nicht von einer Defension des Dominus durch den *respondens*? Hierzu unten S. 317 N. 2 zu c. 6) Vgl. auch Lenel 142.

7) Vgl. die einleuchtende Formel P. Krügers in der Verbesserung Lenels 143 f.

des Beklagten und nicht von dem des Sühne heischenden Klägers aus gesehen werden[1]), so kann der Beklagte nicht durch ein in der Person eines anderen eintretendes Ereignis befreit werden. Die Strafe drängt daher hier auch dann zur Kumulation beider Klagen, wenn eine Kumulation ohne die *confessio falsa* des Erstbeklagten nicht bestanden hätte. Das ist es, was Paulus in dem zum ersten Falle in Gegensatz gestellten zweiten Fall des *confessus se occidisse servum quem alius occidit* beleuchtet. Symmetrisch zum ersten Falle gibt er zunächst, durch *aliter atque* ausgedrückt[2]), die Entscheidung und später, durch *at* vom ersten Falle nochmals abgehoben, die Gründe, und zwar zweierlei: einmal hafte der *respondens* hier *suo nomine* und ferner: *nec debet impunitum esse delictum eius qui fecit propter eum qui respondit.* Innerhalb der ja nur mit Strafklagen befaßten Erörterung ist schon das *suo nomine* deutlich und durchschlagend.[3]) Neben ihm willkommen ist jedoch auch der zuletzt zitierte Satz als bündige Bestätigung der obigen Erwägungen, in welcher klar und korrekt die kumulierende Tendenz der *poena* zum Ausdruck kommt.[4])

---

1) Levy, Priv. 2 f.

2) Diese Worte in Verbindung mit dem späteren *nec debet* . . . bringen die Kumulation so klar zum Ausdruck, daß es des interpolierten (s. unten) *non liberatur* nicht bedarf. Daß der Gegensatz zum Konsumptionsverhältnis hier die Kumulation ist (so auch Binder 390), entspricht so recht dem klassischen Rechte, das (wenn man von der Beihilfe der Rechtspflegeorgane absieht) ein Mittelding zwischen Konsumption und Kumulation nicht kennt.

3) Wenn eine Erfüllungs- oder Ersatzklage in Frage stände, so würde natürlich trotz eines *suo nomine teneri* Prozeßkonsumption eintreten; vgl. D. eod. 18 (s. alsbald im Text).

4) Diesen Satz (*nec debet . . . . respondit*) beanstandet — freilich zweifelnd — Segrè, Mél. Girard II 557 N. 1, aber schwerlich mit Recht. Er meint, daß *respondit* insofern nicht technisch gebraucht sei, als hier kein Fall einer erforderlichen *interrogatio in iure,* sondern eine von einer Frage nicht abhängige *confessio* vorliege. Aber es ist nicht einzusehen, warum da, wo der Zusammenhang keinen Zweifel läßt, statt *confiteri* nicht ebenso wohl *respondere* gesagt werden sollte, wie umgekehrt *confiteri* in den Fällen einer *interrogatio in iure* auftritt. Ja, man möchte dann, wenn kein Zusatz auf die Unwahrheit der Äußerung des Beklagten hinweist, *respondere* sogar für korrekter halten als *confiteri,* das den Beiklang der Richtigkeit des Zugestandenen hat. — *Delictum eius qui fecit* wäre, für sich allein betrachtet, wenig schön; der beabsichtigte Gegensatz *eum qui respondit* vermag es aber zu stützen. — Entschieden zu bestreiten ist endlich, daß der ganze Gedanke des beanstandeten Satzes spezifisch kompilatorisches Gepräge trage. Segrè zitiert dazu drei Fragmente.

Das Fragment erwähnt aber noch einen dritten Fall: den, daß der Befragte sich fälschlich als Erbe ausgegeben habe. Abgesehen von dem losen Zusammenhang zwischen diesem Fall und den beiden anderen ist der Inhalt der auf ihn bezüglichen Sätze recht auffällig. Paulus soll die Konkurrenz hier wie in dem eben besprochenen zweiten Falle behandelt, also Kumulation der Klagen gegen den angeblichen und den wirklichen Erben zugelassen haben. Das ist unmöglich. An eine Strafklage gegen den Erben des Täters hat die Stelle, die den dritten Fall überall getrennt von dem zweiten bespricht, nicht gedacht.[1] Daran kann sie auch gar nicht gedacht haben, da Strafklagen grundsätzlich unvererblich sind.[2] Schuldet der Erblasser aber aus einer sachverfolgenden Klage[3], so sind die Ziele beider Klagen nicht weniger identisch als im Noxalfalle: es müßte also Prozeßkonsumption eintreten. Und sie wird in der Tat in D. 11, 1, 18 vorausgesetzt, wo Proculus und Julian dem an einen zahlungsunfähigen Pseudoerben geratenen Kläger nur durch Reszission des *superius iudicium* zu helfen vermögen. Der Widerspruch mit diesem Fragment und den obigen allgemeinen Erwägungen führt zur Verdächtigung der den *heres* betreffenden Teile des fr. 20 pr.[4]

Von diesen ist sicher itp. in Pap. D. 46, 3, 95, 1: *sane .... desiderabitur*; dazu Beseler II 16 (wo die übrige Literatur), III 24 sowie Schulz, ZSSt. 33, 68, Einführung 104 ff., Biondi, Act. arbitrariae I 104. — Wahrscheinlich itp. ist in Jul. D. 9, 2, 51, 2 *quod si .... teneatur*; so Pampaloni, Arch. giur. 55, 515 und St. Senesi 16, 207 N. 12, Erman, ZSSt. 25, 361, Seckel *impunitus*, Beseler III 27, Rabel, RPR. 457 N. 1, Pringsheim, Kauf m. fr. Geld 66 N. 9; anders wohl Gradenwitz, Festg. f. Güterbock 311, Kübler, Krit. VJSchr. 49, 9 f., Appleton, Nouv. rev. hist. 34, 769 N. 2. — Echt dagegen ist *ne dum .... maleficia* in Ulp. D. 5, 1, 18, 1: Eisele, ZSSt. 11, 16, Solazzi, Bull. 11, 183, P. Krüger zdSt.; unzutreffend Beseler II 4, III 71.

1) Anders Binder 390.

2) Levy, Priv. 3. — Daß Paulus ohne nähere Erläuterung auf die seltenen und untergeordneten Fälle vererblicher Strafklagen mit Ersatzfunktion (Levy a. a O. passim) abgezielt haben sollte, ist ganz auszuschließen.

3) Als welche auch die auf einer Strafklage aufgebaute Bereicherungsklage gegen den Erben anzusehen ist: Levy 89 ff., besonders 97 f., 105 f.

4) Ebenso, wie nachträglich bemerkt, Segrè a. a. O. II 557 N. 1. — Bisher war der Widerspruch nur darin gesehen worden, daß die Konsumption die nach fr. 18 *ipso iure* eintrete, in fr. 20 pr. erst durch *exceptio in factum* herbeigeführt werden müsse: in diesem Punkte haben Ribbentrop, Korrealobl. 244 N. 5 und Demelius, Confessio 283 ff. der letzteren, dagegen Keller,

Dem kommen äußere Gründe entgegen. Die Erörterung bedarf des dritten Falles nicht, da der zweite Fall, der im Gegensatz zu ihm einer dem Noxalfall verwandten Sphäre entstammt, als Gegenbild durchaus hinreicht. Auch fehlt es an einer Begründung des dritten Falles, ja, dieser Fall wird nach den einleitenden Bemerkungen überhaupt fortgelassen und taucht nur noch am Schlusse wieder auf in einem andersartigen Zusammenhange, der ganz gewiß nicht auf Paulus zurückgeht.

Im einzelnen ist zu bemerken: der Tatbestand *vel si quis responderit se heredem* läßt abweichend von den beiden anderen Tatbeständen die Hervorhebung, daß der *respondens* nicht der *heres* sei, vermissen. Der Passus *nam his casibus . . . . heres est* ist eine Weitläufigkeit, die ohne Schaden wegbleiben kann.[1]) Streicht man diese Sätze, so gewinnt der Komparativ *superiore casu* an Korrektheit. Von *nisi quasi* ab dürfte alles ohne Unterschied interpoliert sein.[2]) Uns

---

Litiskont. 577 N. 6 und Pernice, Labeo II 1, 249 Note der ersteren Stelle den Vorzug gegeben. Der Widerspruch greift aber weiter, sobald man erkennt, daß die ganze Betonung der Defensionsabsicht byzantinische Zutat ist: s. unten S. 317 N. 2.

1) Vgl. oben S. 315 N. 2.

2) Daß hier sprachlich und sachlich viele Anstände bestehen, hat zuerst Pernice, Labeo II 1, 249 bemerkt, der daraufhin *hoc genere . . . defendere vellet* als emblema Trib. erachtet hat; ihm folgt mit weiteren Gründen Koschaker, Translatio judicii 291 N. 5; vgl. ferner P. Krüger zdSt. und Segrè a. a. O.; H. Krüger, Exc. doli I 25 f. und Binder 390 f. beanstanden gar nichts. Lenel (ZSSt. 20, 2 und Ed. 143 N. 1) vermutet die Kompilatoren schon von *nisi* ab, wofür vom sprachlichen Gesichtspunkt aus auch noch auf das absolute *admittere* hinzuweisen wäre (vgl. dazu etwa noch Beseler II 16). — Entscheidend sind m. E. die sachlichen Bedenken, die gegen die Erheblichkeit der Defensionsabsicht für die Konsumption sprechen. (Bisher wurde entweder die Konsumption geleugnet [so von Ribbentrop und Demelius] oder Defensionsabsicht für die Konsumption gefordert: so unter den eben genannten Gelehrten insbesondere Lenel und Koschaker sowie Erman, ZSSt. 19, 325 N. 2.)

a) D. 11, 1, 18 stellt das Erfordernis einer solchen Absicht nicht auf. Hier gehört das *cum absentem coheredem suum defendere vellet* zum konkreten Tatbestand: vgl. auch Koschaker 291 N. 3.

b) Dieses Stück des Tatbestandes ist nicht für den Eintritt der Konsumption kausal, sondern gerade umgekehrt für die Gewährung der Restitution gegen die Konsumption, indem es als Restitutionsgrund die arglistige Täuschung erkennen läßt. Es ist undenkbar, daß das klassische Recht die

interessiert hier nur das *vel heredis*, das Lenel[1]) wenigstens als Glossem angesprochen hatte, wahrscheinlich weil es in die Ausnahme eines Satzes aufgenommen ist, der selbst nichts von einem Erbfall enthält. Und ferner der Schlußsatz, der mit *idem est* den dritten Fall dem zweiten gleichsetzen will — oder wohl nicht einmal das, da den Kompilatoren nur an der Ausnahme und deren Gleichsetzung gelegen war. Die Ausnahme aber ist so beschaffen, daß der Beklagte sie so gut wie immer behaupten könnte; denn die Einschränkung der ersten Alternative *mandatu heredis* wird durch die zweite Alternative, die nur noch den (ungeäußert gebliebenen) Willen des *respondens* für maßgebend erklärt, illusorisch. Dazu kommt die durch *vel cum* (mit Konjunktiv!) bewirkte unmögliche Anknüpfung der letzten Worte an den Relativsatz. —

Das hiermit erörterte Konsumptionsverhältnis zwischen *respondens* und *dominus* gegenüber der Noxalklage tritt zwar ohne nähere Begründung, aber ebenso deutlich in einer weiteren von Paulus herrührenden Stelle hervor, die es speziell mit der *actio legis Aquiliae noxalis* zu tun hat, in D. 11, 1, 8:

Si quis interrogatus de servo, qui damnum dedit, respondit suum esse

---

Konsumption gerade nur in dem einen Falle hätte durchgreifen lassen, in dem es genötigt war, eine Restitution zu gewähren. Das wäre ja fast eine Prämie für den gewesen, der die dem Defensor obliegende *cautio* dolos zu umgehen wußte.

c) Der vorangehende Teil des fr. 20 pr. widerspricht der Erheblichkeit der Defensionsabsicht auf das entschiedenste: ohne Rücksicht auf eine solche Absicht erklärt Paulus hier und ebenso in D. eod. 8 den wirklichen *dominus* für befreit. Und diese Konsumption wird von Paulus nicht etwa mit dem nach der herrschenden Meinung doch am nächsten liegenden Satze: *adversus defensorem qui agit litem in iudicium deducit* (D. 44, 2, 11, 7) begründet, sondern mit dem der Hereinziehung des *defensor domini* ganz unzugänglichen Falle des *servus communis*.

d) Stellt sich *in iure* heraus, daß der *respondens* in Defensionsabsicht handelt, so hat das allerdings eine Folge: nämlich die naturgemäße, daß er *quamvis noxali actione obligetur, nihilo minus causa cognita satisdare debet* (Jul. D. 9, 4, 39, 1). Daß dagegen in diesem besonderen Falle eine Konsumption eintrete, die sonst unterbliebe, davon steht hier kein Wort.

e) Die Neigung der Kompilatoren, eine neben der Erklärung einhergehende nicht geäußerte Absicht für maßgeblich zu erklären, ist bekannt: Gradenwitz, Interp. 170—222, Levy, Sponsio 32 ff.

1) Pal. I 1184 N. 2.

servum, tenebitur lege Aquilia quasi dominus et, si cum eo actum sit qui respondit, dominus ea actione liberatur.

Ist über die gegen den *respondens quasi dominus* zuständige *actio legis Aquiliae* (*confessoria* oder *negatoria*) *noxalis* der Streit befestigt, so wird der wirkliche *dominus* von dieser *actio* befreit. Hierzu ist nichts zu bemerken, was nicht zu D. 11, 1, 20 pr. Erwähnung gefunden hätte. —

Es „reden D. 11, 1, 8 und D. 11, 1, 20 pr. so deutlich, daß D. 9, 4, 26, 3 geändert sein muß"[1]), zumal auch dieses Fragment von Paulus stammt.

Si servum alienum alius in iure suum esse responderit[, *altero solvente alter liberatur*].

Daß ein so kurzes Fragment für den Interpolationennachweis weniger Angriffsflächen bietet, versteht sich. Aber insoweit wird man über die bisherigen Versuche wenigstens hinausgehen können, als man nicht nur das *solvente*, das die Solutionskonkurrenz der Kompilatoren zum Ausdruck bringt, sondern den ganzen Hauptsatz zu streichen haben wird. Das *altero* hat keine grammatisch zulässige, das *alter* überhaupt keine Beziehung. Es fällt um so leichter, die Phrase auf Tribonian zurückzuführen, als wir ihm als Autor wörtlich gleichlautender Stücke in D. 11, 3, 14, 2[2]) und D. 46, 2, 8, 5[3]) begegnen.

c) Daß zwischen mehreren *domini*, die *dolo malo fecerunt, quo minus servus in potestate sua esset*, einfache Personenkonkurrenz besteht, ist klar, da gegen sie sämtlich die *actio noxalis praetoria* mit derselben Formel (Formel III bei Lenel 161) geht. Diesen Fall betreffen D. 9, 4, 26, 1 und D. eod. 39 pr. — Ob einfache Personenkonkurrenz oder doppelte Konkurrenz vorliegt, fragt sich dagegen sowohl dann, wenn von den mehreren *domini* nur einigen jener *dolus* zur Last fällt (D. eod. 26, 2), wie dann, wenn das Verhältnis des dolosen früheren Inhabers der *potestas* zu deren jetzigem Inhaber oder, falls die Aufgabe der *potestas* in der Freilassung bestand, zu dem *manumissus* in Frage kommt (D. eod. 24. 26 pr.). Nur in dem *manumissus*-Fall haben wir es mit einer doppelten Konkurrenz zu tun. Denn hier konkurrieren außer den Personen noch materiell verschiedene Aktionen, und zwar ähnliche wie die, deren einfache Aktionenkon-

1) H. Krüger, ZSSt. 22, 222 im Anschluß an Binder 390 f.; ebenso P. Krüger zdSt. 2) S. oben S. 311 f. 3) Levy, Sponsio 33 N. 9.

kurrenz wir oben[1]) in D. eod. 4, 3 zu betrachten hatten: gegen den *manumissus* geht die einfache direkte Strafklage, gegen den *dominus* die Noxalklage d. h. eine mit alternativer *intentio* ausgestattete Klage, die nur in der *condemnatio sine noxae deditione* ist und daher materiell nicht mit der gegen den *dominus sciens* gerichteten *sine-noxa*-Klage, sondern mit der Noxalklage zusammenfällt.[2]) In den anderen beiden Fällen herrscht hingegen einfache Personenkonkurrenz genau ebenso und aus denselben Gründen, wie wir eine solche vorhin[3]) zwischen *respondens* und *dominus* festzustellen hatten. Allerdings kann auch hier die gegen den nicht dolosen Miteigentümer oder den neuen Inhaber der *potestas* zu verwendende Formel eine andere sein als die, mit welcher gegen den Dolosen *lis* zu kontestieren ist. Aber dann handelt es sich um bloße Formelkonkurrenz[4]), wie sie auch vorkommen kann, wenn gegen den zunächst Nichtdolosen oder den *novus dominus* allein ein zweites Mal zu klagen versucht wird: eine Konkurrenz, die, wie erwähnt[5]), nur in dem prozessualen Moment des Bestehens dreier Noxalformeln ihren Grund hat. Und so fällt denn auch wieder die Probe auf das Exempel positiv aus; möglich ist es auch hier, daß die Aktionenidentität sich zur Formelidentität steigert; nur daß diese identische Formel hier nicht die Formel II, sondern die Formel III wäre. — Eine Terminologie für diese Formelkonkurrenz besitzen, wie früher bemerkt[6]), die römischen Juristen nicht, und so kommt es, daß sie, um die Klage gegen den dolosen von der Klage gegen den nicht dolosen (neuen Total- oder ursprünglichen Partial-)Dominus abzuheben, diese letztere als *actio directa*[7]) oder *iuris civilis*[8]) bezeichnen. Zur Annahme einer Aktionenkonkurrenz dürfen aber diese Ausdrücke nicht verleiten. Auch die prätorische *actio* gegen den Dolosen ist, was ihre *intentio* betrifft, *iure civili* eine *actio noxalis*[9]); auch die eben genannte *actio iuris civilis* oder *directa* kann, wenn sie *sine noxae deditione* erhoben wird, prätorisch (Formel I und III) und (abgesehen von dem Namen des *Nus Nus*) mit der anderen Klage sogar bis auf den Buchstaben identisch sein (Formel III).

1) S. 158 ff. 2) Vgl. oben S. 27 N. 3. 3) S. 313. 4) S. oben S. 27. 5) S. 313. 6) S. 27 N. 3. 7) Paul. D. 9, 4, 26, 2. 4.
8) Jul. D. eod. 39 pr.
9) Vgl. oben S. 166 N. 3. — Vorausgesetzt natürlich, daß die Klage gegen den freien Täter *iuris civilis* wäre; dies legt auch Jul. D. eod. 39 pr. bei seiner entsprechenden Ausdrucksweise zugrunde.

Sollen wir nun aber aus dem Gesagten die Konsequenz ziehen und den *manumissus*-Fall ausscheiden, so ist das kaum ausführbar. Denn dieser Fall wird mit dem der *alienatio servi* zusammen eingeführt (fr. 24 cit.: *cum alienatus manumissusve est*) und hinsichtlich der Konkurrenz zugleich mit ihm abgehandelt. Aber daraus ist schwerlich etwas gegen die Schlüssigkeit der Unterscheidung zwischen Formel- und Aktionenkonkurrenz zu entnehmen, sondern ein m. E. schlagendes Indiz für die obige These[1]), daß einfache Aktionenkonkurrenz und einfache Personenkonkurrenz, also auch die doppelte Konkurrenz sämtlich nur Formen derselben Erscheinung darstellen, deren eine ohne weiteres einen Schluß auf die andere ermöglicht und die nur gemeinsamer Erörterung fähig sind. Im Folgenden muß deshalb der *manumissus*-Fall insoweit mitberücksichtigt werden, als es die zu betrachtenden Fragmente verlangen.

Jul. D. 9, 4, 39 pr.:

Si plurium servus furtum fecerit et omnes dolo fecerint, quo minus eum in potestate haberent, subsequi debet praetor iuris civilis actionem et iudicium honorarium, quod ex hac causa pollicetur, in eum dare, quem actor elegerit: neque enim amplius praestare actori debet, quam ut detracta noxae deditione agere possit cum eo, cum quo noxali iudicio experiri potuisset, si servus exhiberetur.

Das Fragment, das aus der allgemeinen Erörterung der Noxalklagen entnommen ist[2]) und die *actio furti* nur als Beispiel braucht, setzt die Tatsache voraus, daß gegen den böslichen Entsitzer ein *iudicium honorarium sine noxae deditione* verheißen ist.[3]) Dieses Judizium *debet praetor .... in eum dare, quem actor elegerit.* Was heißt das? Daß der Prätor keine Klage gegen jemanden erteilen kann, der gar nicht belangt werden soll, ist selbstverständlich. Da der Gegensatz einer Belangung aller *domini in partes* der Stelle fremd ist, so bleibt nur eine Alternative übrig: dem Kläger soll *iudicium* erteilt werden entweder gegen jeden der *domini*, den er auswählt, oder nur gegen einen einzigen *dominus*, den er auswählt. Nicht bloß *eligere* selbst[4]), sondern auch der Zusammenhang fordert den letzteren Sinn; er sagt jedoch noch mehr. Denn wenn der Schlußsatz (abgesehen von der Fortlassung der *noxae deditio* in der *condemnatio*) den

1) S. oben S. 9 ff., bes. 12 ff. 2) Lenel 154 N. 5.
3) Vgl. D. eod. 21, 2 und dazu Lenel 154, 161. 4) S. oben S. 42.

Kläger so gestellt wissen will, wie wenn er bei Exhibition des Sklaven *noxali iudicio*[1]) hätte vorgehen können, so ist darin ein deutlicher Hinweis auf den oben zu a) behandelten gewöhnlichen Fall der mehreren *domini ignorantes* enthalten. Und dieser Hinweis ist es auch wieder, der zuvor in der an den Prätor gerichteten Mahnung[2]) steckt, den Weg zu verfolgen, der im Verfahren mit der *actio iuris civilis*, also mit der gewöhnlichen *actio noxalis* der übliche ist. Julian argumentiert hier somit aus dem Regelfall des *servus communis* ganz ähnlich, wie das Paulus in D. 11, 1, 20 pr. anläßlich des Verhältnisses zwischen *dominus* und *respondens* tut.[3]) In der Tat trifft der dort angegebene für *causa* und Ziel maßgebende Grund *ex persona servi tenentur* ja auch hier zu; sogar vielleicht in verstärktem Maße handelt es sich doch hier nicht nur um die mögliche Identität der Klagformeln in beiden Fällen, sondern materiellrechtlich um denselben Fall des *servus communis* mit der einzigen Abweichung, daß die Haftung der *domini* durch den Prätor über den Zeitpunkt ihrer *potestas* hinaus erstreckt ist. Dieser Umstand macht die Klage zwar zu einer prätorischen und hat im Hinblick auf die auf *dolus* gegründete Passivlegitimation auch sonst einige Folgen.[4]) Aber den Gesichtspunkt der *eadem res* kann das alles so wenig beeinträchtigen, wie es die *intentio iuris civilis* berührt. So wenig trotz aller Verschiedenheiten[5]) die *hereditatis petitio*, die gegen den böslichen Entsitzer gerichtet wird, als *actio* einen anderen Typ darstellt als die gewöhnliche *hereditatis petitio*, so wenig unterscheidet sich aktionenrechtlich die Noxalklage gegen den böslichen Entsitzer von der gewöhnlichen.

Daß Julian die Konkurrenz durch Prozeßkonsumption zur Lösung bringt, wird kaum bestritten werden.[6]) Nur hätte sich die

---

1) Hier mit Rücksicht auf die *condemnatio* so genannt.

2) Daß Julian sich hier gerade an den Prätor wendet, ist erklärungsbedürftig. Eine Aufforderung zur Denegation weiterer Aktionen liegt darin schwerlich, da die Frage der *eadem res* in der Regel dem Verfahren *apud iudicem* vorbehalten bleibt (vgl. oben S. 57 N. 3). Julian könnte die Einfügung der *exc. r. i. v. i. i. d.* im Sinne haben. 3) S. oben S. 314.

4) Paul. D. 9, 4, 26, 5. — Diese Erscheinung ist der selbständigen Entwickelung der *clausula doli* bei der *actio de peculio* vergleichbar; s. oben S. 153 f.

5) Vgl. u. § 169.

6) Eisele und Binder behandeln sämtliche unter c erörterte Stellen nicht.

herrschende Meinung zum Beweise wahrscheinlich in erster Linie auf das hier nicht verwertete *elegerit* bezogen. Daß es zum Verständnis der Stelle genügt, *eligere* als „auswählen“ zu begreifen, ist doch wohl dargetan. Daß diese Übersetzung allein richtig ist, zeigt das Tempus *elegerit*; man braucht statt dessen nur *(cum quo) litem contestatus erit* zu lesen, um die Unmöglichkeit einer Identifizierung einzusehen.[1]) — Eine ganze Anzahl weiterer Verwendungen dieses Ausdrucks treffen wir an, wenn wir uns den übrigen oben[2]) genannten Fragmenten zuwenden; sie stammen von Paulus und gehören dem Kommentar zum Edikt über die Noxalklagen an: D. 9, 4, 24; eod. 26 pr. bis § 2.

24. *De illo videndum, utrum [adversus eum] tantum[, qui dolo fecit, quo minus in potestate haberet,] actio locum habeat [noxalis], si ex dolo eius acciderit, ut cesset noxalis actio (forte si servo suo fugam mandavit) an et si possit nihilo minus cum alio agi (quod accidit, cum alienatus manumissusve est). quod est verius: in quo casu electio est actoris, cum quo velit agere. Iulianus autem ait de eo qui manumisit, si paratus sit defendere se manumissus, exceptionem dandam ei qui manumisit. hoc et Labeo.*

26 pr. *Electio vero alterum liberabit: [id enim praetor introduxit, ne eluderetur actor, non ut etiam lucrum faceret:] ideoque exceptione a sequenti summovebitur.*

26, 1. *His consequens est, ut, si plures dolo fecerint, quo minus in potestate haberent, eligere debeat actor, quem velit convenire.*

26, 2. *Item si ex pluribus dominis quidam dolo malo partes suas desierint possidere, electio erit actoris, utrum directo agere velit cum eo qui possidet, an praetoria cum eo qui desiit possidere.*

Das fr. 26 § 1, die Parallelstelle zu Julian, braucht *eligere* in einem Zusammenhange, der ohne jeden Zweifel auf Prozeßkonsumption deutet. Aber die Konsumption wird nicht durch *eligere* allein, sondern ganz wie in Ulp. D. 14, 4, 9, 1[3]) erst dadurch ausgedrückt, daß der Kläger *eligere d e b e a t* und als Objekt des *eligere* das korrekt auf die *litis contestatio* verweisende *convenire* erscheint.[4])

Das Substantiv *electio* begegnet in fr. 26 § 2, wo das Verhältnis der schuldlosen *domini* zu denen, die *dolo malo partes suas desierint*

1) Dazu oben S. 41 ff., namentlich S. 43 N. 3. 2) S. 319.
3) S. oben S. 154. 4) S. dazu oben S. 41 ff., namentlich S. 44 N. 7.

possidere, geschildert wird. Objekt des Wählens ist auch hier das *agere*, aber die Wendung *electio erit actoris* läßt Zweifel entstehen, ob Paulus das Wahlrecht oder die Wahllast, d. h. die Konsumption betonen will.[1]) Zu dem letzteren Ergebnisse könnte man vielleicht im Hinblick auf den durch das einleitende *item* noch besonders hervorgehobenen Zusammenhang mit dem § 1 kommen. In der Sache selbst würde sich der Eintritt der Prozeßkonsumption ohne weiteres aus den obigen Ausführungen ergeben. Daß die eine Klage als *directa*, die andere als *praetoria* bezeichnet wird, hat seinen Grund ausschließlich darin, daß hier unter Umständen zugleich eine (unbeachtliche) Formelkonkurrenz gegeben sein kann.[2]) Die allein beachtliche Personenkonkurrenz aber führt zur Annahme von *eadem res*, weil sich im Hinblick auf *causa* und Ziel die Aktionen gegen den in der *potestas* befindlichen und den ihrer *dolo malo* verlustig gewordenen *dominus* auch dann nicht unterscheiden, wenn sie verschiedene Formeln haben.[3]) Daß es übrigens am Schluß zweimal *cum eo* heißt, während der Anfangssatz im Plural steht, begründet keinen Anstoß, da es Paulus offenbar darum zu tun war, die Ganzhaftung jedes einzelnen möglichst hervortreten zu lassen.

Es erübrigt eine Betrachtung des Reststückes: fr. 24 und fr. 26 pr. Den Tatbestand im Anfang haben die Kompilatoren nicht sowohl verändert als mit Rücksicht auf das Dazwischentreten des Gaius-Fragmentes 23 erläutert.[4]) Ob sie zu diesem Zwecke auch das *noxalis* hinter *habeat* eingeschoben haben[5]), kann hier dahinstehen. Der Sachverhalt, der die Fälle der *alienatio* und der *manumissio* zusammenfaßt[6]), ist jedenfalls deutlich. Daß auch in diesen beiden Fällen die prätorische Klage gegen den böslichen Entsitzer zuständig ist, bejaht Paulus einwandfrei durch die Worte *quod est verius*. Damit

1) S. oben S. 44 N. 2. 2) S. oben S. 320.
3) Vgl. oben S. 322. 4) Vgl. Lenel, Pal. I 998 N. 1.
5) So Cujac. III 641. Aber seine Argumente: *nam nec utilis actio noxalis dici potest ea, cui non adicitur noxae deditio, et quae non servi, sed suo nomine in dominum datur in solidum* treffen beide nur für die *actio sine noxae deditione civilis* gegen den *dominus sciens* zu, aber nicht für die prätorischen Klagen, deren *intentio* die *noxae deditio* enthält. Trotzdem brauchen die Quellen im engsten Sinne den Ausdruck *noxalis* in der Regel nur dann, wenn auch die *condemnatio* alternativ gefaßt ist. Auch beachte man das folgende *cesset noxalis actio*. S. ferner oben S. 27 N. 3.
6) S. oben S. 321.

sind zwei Klagen nebeneinander gegeben, und es möchte deshalb scheinen, als ob die *electio* des folgenden Satzes[1]) die Entscheidung der Konkurrenz im Sinne der Prozeßkonsumption enthielte. Aber auch hier führt eine solche Auffassung des Wortes zu Mißverständnissen. Ganz wie in D. 14, 1, 1, 17[2]) heißt *electio est actoris* nichts anderes, als daß der Kläger die Wahl hat. Allerdings ist das Objekt der Wahl das *agere*; aber das *debere*, das anderswo die dem Kläger nachteiligen Folgen der Wahl andeutet, fehlt.[3]) Und diese Auffassung ist denn auch allein mit dem Zusammenhang in Einklang zu setzen. — Erstens hat der folgende mit *autem* anknüpfende Satz mit der Konsumption nicht das mindeste zu schaffen, er schränkt lediglich die Wahlbefugnis des Klägers in einem gewissen Falle ein: nach der *manumissio* soll dem dolosen *dominus* eine *exceptio* erteilt werden, falls der *manumissus* selbst zur Defension bereit ist. Daß es sich nicht um den Konkurrenzfall: *actio* gegen den *manumissus* + *actio* gegen den dolosen *dominus* handelt, zeigt das *paratus sit*, das die *litis contestatio* mit dem *manumissus* erst in die Zukunft verweist. Demgemäß kann auch die *exceptio* nicht die *exc. r. i. v. i. i. d.* sein; es ist die *exc. doli*, wie Julian (D. eod. 39, 2)[4]) beweist,

1) In dem *in quo casu* wohl nicht zu beanstanden ist: vgl. auch Gradenwitz, Interp. 233.

2) S. unten S. 336 f. 3) Vgl. oben S. 44, bes. N. 2, 7.

4) Nicht beweisend D. eod. 39, 3. Auf die Verbindung: *exceptione doli mali posita* ist schon von Pernice, Labeo II 1, 236 Note mit Recht aufmerksam gemacht worden. Der Verdacht, den er für unsere Stelle nicht auszusprechen gewagt hat, drängt sich gerade hier besonders stark auf, weil sie nur so verstanden werden kann, als ob die *exc. doli* erst *post iudicium acceptum* eingefügt worden wäre, was natürlich unmöglich ist. Nimmt man hinzu, daß die Entscheidung selbst befremden muß, weil der Kläger sich mit der *ductio* nicht zu begnügen braucht, sondern positive *noxae deditio* verlangen kann (vgl. Lenel 157, zustimmend Partsch, ZSSt. 31, 411), so wäre es sehr wohl möglich, daß die Kompilatoren durch die aus § 2 entnommene *exceptio doli* einen Passus ersetzt hätten, der das Hinzutreten der seitens des *dominus* erfolgten Manzipation des Sklaven erwähnt hätte. Sollte diese Vermutung zutreffen, so wäre einerseits das Vorgehen der Kompilatoren, andererseits die Entscheidung erklärt. Denn wenn der *dominus* vor der *condemnatio* die eine Alternative der zivilen *intentio* erfüllt, so kann nach dem durchgedrungenen sabinianischen Prinzip der absolutorischen Natur der *iudicia* eine Kondemnation nicht mehr eintreten. Das setzt allerdings voraus, daß die Klage gegen den dolosen Entsitzer, wie oben S. 166 N. 3 angenommen, nicht *in factum*,

der dort einen dem Fall des Paulus und dem des Gaius (D. eod. 25) analogen Fall bespricht[1]) und ihn vielleicht im unmittelbaren Zusammenhange mit der hier aus ihm zitierten Stelle erörtert hat.[2])

Zweitens folgt die Entscheidung der Konkurrenz erst im Eingang des fr. 26 pr., dessen Worte *electio vero alterum liberabit* bei anderer Auffassung eine unnütze Wiederholung darstellen würden. Auch hier bedeutet *electio* nicht etwa „Konsumption durch *litis contestatio*", nicht einmal *litis contestatio*, sondern nichts weiter als „Wahl". Mehr brauchte Paulus, der wenige Zeilen zuvor als Gegenstand der Wahl das *agere* = *litem contestari* bezeichnet hatte, nicht zu sagen. Die ausdrückliche Erwähnung, daß die Wahl befreit, nimmt hier dieselbe Stelle ein, die sonst dem *debere* in unserem Zusammenhang zukommt.[3]) Denkbar ist, daß Paulus über die prozessuale Durchführung der Konsumption noch einiges bemerkt hat, was das Mißfallen der Kompilatoren erregen mochte. Denn die alsbald begegnende *exceptio* kann sachlich nur eine *exc. r. i. v. i. i. d.* gewesen sein[4]); sie würde diesen Sinn aber stilistisch ungezwungen nur dann gehabt haben, wenn sich zwischen sie und die kurz vorher verwendete *exceptio doli* eine Ausführung geschoben hätte, in der von jener *exceptio* bereits die Rede gewesen wäre. Vor allem macht der Mittelsatz *id enim .... faceret* durchaus den Eindruck eines tribonianischen Füllsels. *Eludere aliquem* ist in den vorjustinianischen Werken ein ἅπαξ λεγόμενον[5]); das *etiam* verundeutlicht den beab-

---

sondern *in ius* konzipiert war; vielleicht liegt auf diesem Wege gerade in fr. 39 § 3 ein Beweis gegen die Konzeption *in factum*. Fr. 26 § 5 spricht gegen diese Ausführung nicht, da hier von der alternativen *condemnatio* gehandelt wird, die sich *lite contestata* nicht mehr nachholen läßt.

1) Diese *exc. doli* führt zur Abweisung des ihrer ungeachtet *litem* kontestierenden Klägers, der infolge der *l. c.* außerdem seiner Klage gegen den *manumissus* bzw. den *novus dominus* verlustig geworden ist. Eine *i. i. restitutio* gegen die Konsumption wird hier ohne weiteres schwerlich gewährt worden sein, da der Kläger, ehe er jene mit der *exceptio* ausgestattete Formel anzunehmen brauchte, erst die Defensionsbereitschaft des nach Zivilrecht passiv Legitimierten erproben konnte.

2) Vgl. Lenel, Julian Nr. 132, 133. 3) Vgl. oben S. 45 N. 2.

4) Würde man hier *electio* im engsten Sinne = *litis contestatio* verstehen, so entstände daraus, daß an Stelle der zu erwartenden Ipsojurekonsumption die *exceptio* erwähnt wird, vielleicht ein neuer Verdachtsgrund; vgl. indessen über die *exceptio* oben S. 62 N. 3.

5) VIR. II 460.

sichtigten Gegensatz. Das Ganze erinnert auffällig an die bekannten kompilatorischen Titeleinleitungen und ist durchaus ungeeignet, den Anfangssatz *(enim)* zu begründen oder den Schlußsatz *(ideoque)* zu stützen. Allenfalls ließe sich sagen, daß der Prätor aus der bezeichneten Absicht heraus das Judizium gegen den böslichen Entsitzer überhaupt eingeführt habe. Daß er aber zu irgendeinem Zwecke die Prozeßkonsumption eingeführt habe oder daß die Prozeßkonsumption durch irgendeinen Akt oder Plan des Prätors zu erklären sei, kann ein klassischer Jurist niemals gemeint haben. Ein die zivile Konsumption anordnendes Edikt ist nicht vorstellbar; es würde in den Quellen seinesgleichen suchen. Lediglich außerhalb des hier in Frage stehenden *eadem-res*-Gebietes hat der Prätor sich zwecks Herbeiführung von Konsumptionswirkungen betätigt[1]); aber auch dort nur durch negative Akte wie das *denegare actionem* oder die Erteilung einer *exceptio doli*, nicht dadurch, daß er etwas *introduxit*.

Worauf das Konsumptionsverhältnis des dolosen Entsitzers zu dem neuen Inhaber der *potestas servi* beruht, das ist in wenigen Worten zu sagen. Auch hier trifft das *teneri ex persona servi* ohne weiteres zu. Die *intentio iuris civilis* ist überall unverändert. Das Verhältnis ähnelt besonders einerseits dem Verhältnis zwischen *respondens* und *dominus*, indem auch hier der wirkliche Inhaber der *potestas* demjenigen gegenübersteht, der seine Passivlegitimation aus Gründen des prätorischen Rechts erhalten hat; andererseits dem Verhältnis zwischen mehreren Miteigentümern, von denen einige *dolo malo partes suas desierint possidere*, insofern es für die *eadem res* keinen Unterschied machen kann, ob und zu welchem Anteile die wirklichen *domini* Inhaber der *potestas* schon zur Zeit der Straftat waren oder es erst später geworden sind. — Über den Fall der *manumissio* ist erst unten[2]) zu handeln. —

Daß das, was über das Verhältnis des *dominus* zu demjenigen, der sich *in iure* als *dominus* ausgegeben hat, gesagt worden ist[3]), allgemeine Geltung für die Konkurrenz zwischen dem wirklichen und dem *ex responso suo* Verpflichteten hat, ist schon aus den obigen Ausführungen zu entnehmen. Es ist daher im wesentlichen eine Zusammenfassung, die uns im Hinblick auf Jul. D. 11, 1, 18 noch ob-

1) S. unten Abschnitt III.
2) S. 356 ff. 3) S. 313 ff.

liegt. Nicht aus Gründen der Defensionsübernahme[1]), die ja auch gar nicht erklärt worden ist, sondern nur aus Konkurrenzgründen begreift sich die Konsumption[2]) der Schuldklage gegen den wahren Erben durch die *litis contestatio* mit dem sich für den Erben Ausgebenden. Das beruht zum einen Teil darauf, daß die durch das Edikt des Prätors bewirkte *translatio actionis* eine *eadem causa* zwischen der Verbindlichkeit des *respondens* und des direkten Schuldners schafft.[3]) Zum anderen Teil erklärt es sich aus der Gleichheit des auf Erfüllung oder Ersatz gerichteten Zieles; denn auf Strafe kann die Klage gegen den Erben nicht gehen.[4])

§ 31. 15. Actio de effusis vel deiectis.

In den unmittelbaren Zusammenhang mit den Noxalklagen[5]) gehört die *actio de effusis vel deiectis.*[6]) Würde sie gegen den, der *deiecerit vel effuderit*, gerichtet sein, so wäre sie eine Strafklage, die nicht anders als die umfassendere *actio legis Aquiliae* behandelt worden sein könnte. Gegen den Täter ist indessen die Zivilklage allein zuständig geblieben.[7]) Die vorgenannte *actio in factum*[8]) zieht den zur Verantwortung, *qui ibi habitaverit, unde .... deiectum vel effusum quid erit*[9]) ohne jede Rücksicht darauf, ob er mit dem Täter identisch ist oder nicht. Sie fordert denn auch kein Verschulden[10]) und führt dementsprechend zu der Anschauung, daß der Haftende bloß *q u a s i*

---

1) Hierzu namentlich oben S. 317 N. 2. 2) Oben S. 316.

3) S. oben S. 314; man vgl. die *intentiones* der gegen beide gehenden Formeln: Lenel 143. 4) Vgl. oben S. 316 N. 2. 3.

5) Auch das innerlich vorgeschrittenere julianisch-ulpianische Ediktssystem (vgl. Lenel 11 ff.) sowie Gaius behandeln die Noxalklagen und die *a. de eff. vel dei.* anscheinend dicht hintereinander (vgl. die Inskriptionen). Ebenso P. Krüger in seiner Digestenausgabe, 12. Aufl. S. 952, und Lenel, Edictum in der 1. Aufl. Die Stellung des Titels *de vacatione*, den Lenel jetzt (2. Aufl.) zwischen beide Titel einschiebt, ist durchaus unsicher: vgl. auch Lenel 161 N. 2, 167 N. 7.

6) Gegen die abweichende Ausführung Windscheids (-Kipp 9. Aufl.) II § 298 N. 17 (s. auch § 297 N. 7) mit Recht Ascoli 39 f., dem Binder 387 N. 161 beitritt. 7) Vgl. etwa Ulp. D. 9, 3, 5, 4, dazu unten § 142.

8) Ulp. D. eod. 1, 4. 9) Ulp. D. eod. 1 pr.

10) Ulp. D. eod. 1, 4, wo die Worte *culpa enim penes eum est* ganz gewiß unecht sind; vgl. Schulz, GrünhutsZ. 38, 48; s. auch Pernice, Labeo II 2, 50 f.

ex maleficio teneri videtur.[1]) Das darf nun aber nicht zu der Folgerung verleiten, daß das Ziel der Klage auf Schadensersatz gerichtet sei[2]); ihre Strafnatur ist aus den Quellen mit voller Sicherheit zu erweisen.[3]) Trotzdem können mehrere *habitantes* nicht kumulativ haften. Der Grund liegt in derselben Richtung wie bei den *plures domini nescientes* gegenüber der Noxalklage. Die Stelle des Sklavendelikts, das dort die *causa actionis* darstellte[4]), versieht hier das später sog. Quasidelikt d. h. das ohne Rücksicht auf subjektive Rechtswidrigkeit betrachtete schädigende Ereignis; nicht etwa das „Wohnen in einem und demselben Gelaß"[5]), das mit dem Sklaveneigentum auf einer Stufe steht und lediglich die Passivlegitimation begründet. Anderenfalls wäre die Klage *ex re* und nicht *quasi ex delicto* entsprungen. Nur in bezug auf den die Passivlegitimation schaffenden Umstand, nicht in bezug auf das (*quasi*) *delictum* besteht hier wie dort die Personenmehrheit, und so kann auch nicht die Mehrheit von Personen als solche, sondern nur das (*quasi*) *delictum* bestraft werden; dies aber natürlich nur einmal, gleichviel ob der eine verbrecherische Sklave im Eigentum mehrerer steht[6]), gleichviel ob der herabfallende Gegenstand aus der Behausung mehrerer herunterstürzt. Die Analogie ist nach allen Richtungen eine vollkommene; wem sie nicht genügt, der mag sich an der Stelle der Noxalklage eine *actio de pauperie* denken, die, auch wenn wir Zeugnisse nicht besitzen[7]), ohne Zweifel analog behandelt worden ist. Das Ergebnis „eine Strafe für ein schädigendes Ereignis" wird durch die Quellen bestätigt:

---

1) Gai. D. 44, 7, 5, 5: *quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi.* Daß das *plerumque* interpoliert sei, wie Pernice a. a. O. 50 N. 5 zweifelnd und Schulz a. a. O. 49 bestimmt annimmt, dürfte zutreffen. Immerhin ist die fremde Schuld hier nicht wie bei den Noxalklagen Erfordernis; ebensogut kann auch eigene Schuld des Beklagten vorhanden sein. Denn die Klage läßt die ganze Schuldfrage absichtlich beiseite; es ist bezeichnend, daß im Noxalfalle die Person des Täters nur auf Grund einer *exceptio* in Rücksicht gezogen wird; vgl. Lenel 168.

2) Wie dies die gemeine Meinung anzunehmen scheint: vgl. z. B. Ascoli 40, Binder 371 in Verbindung mit 380.

3) Z. B. *condemnatio in duplum,* gegebenenfalls auf feste Geldsumme oder *in bonum et aequum* (hierzu Levy, Priv. 33 f., 33 N. 6), Noxalexzeption: Ulp. D. 9, 3, 1 pr. — Passive Unvererblichkeit; teilweise Popularnatur und Annalität: Ulp. D. eod. 5, 5. 4) S. oben S. 310 f.

5) Eisele 77, 434; vgl. auch 472 N. 86.

6) S. oben S. 310 N. 4. 7) S. oben S. 312 f.

Ulp. D. 9, 3, 1, 10: *Si plures in eodem cenaculo habitent, unde deiectum est, in quemvis haec actio dabitur,*

Gai. eod. 2: *cum sane impossibile est scire, quis deiecisset vel effudisset,*

Ulp. D. eod. 3: *et quidem in solidum: sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur*

Paul. D. eod. 4: [*perceptione, non litis contestatione*], *praestaturi partem damni societatis iudicio* [*vel utili actione*] *ei qui solvit.*

Ulp. D. eod. 5 pr.: *Si vero plures diviso inter se cenaculo habitent, actio in eum solum datur, qui inhabitabat eam partem, unde effusum est.*

Läßt man die den Fluß des Ulpiankommentars unterbrechenden Stücke aus Gaius und Paulus beiseite, so ergibt sich ein Zusammenhang, aus dem kaum etwas gestrichen sein wird. Insbesondere — und das ist das Wesentlichste — sind die Schlußworte des fr. 3 vollkommen sichergestellt, da jeder einschränkende Zusatz, der überdies mit dem *fuerit actum* kaum verträglich sein würde, von den Kompilatoren freudig begrüßt und überliefert worden wäre. Ulpian läßt also mit knappen, klaren Worten Ganzhaftung[1]) und folgeweise Konsumptionsverhältnis eintreten. Das hätten die Kompilatoren nur aus Versehen oder bei Mißverstehen des *fuerit actum*[2]) übernehmen können. Deshalb korrigierten sie, vom Standpunkt der Solutionsbefreiung folgerecht, durch die Worte *perceptione, non litis contestatione*, die wir nun bei Paulus lesen. Warum sie ihn heranzogen, statt den Ulpian zu ändern, mag vielleicht auffallen. Es dürfte sich aber daraus erklären, daß nur Paulus das Regreßverhältnis zwischen den mehreren Habitanten besprach[3]), das, wie überall, sich nicht auf der bloßen *litis contestatio*, wohl aber auf der Zahlung aufbauen konnte. Sehr wahrscheinlich verdankt Paulus die Aufbewahrung seines Fragments dem *praestaturi* und *solvit.* Jedenfalls erscheint die Interpolation der beanstandeten Worte sicher.[4]) Sachlich ist es fast

---

1) Vgl. oben S. 46 N. 9. — Das ist sehr verständlich, hier aber nicht zu erörtern. 2) S. oben S. 164.

3) Daß er das tat, zeigen die Worte von *praestaturi* ab, die abgesehen von der *actio utilis* (s. oben S. 238 N. 6) einen durchaus korrekten Eindruck machen. Eisele 77, 435 ist zu zurückhaltend, wenn er jede Einordnung des Fragmentes in seinen ursprünglichen Zusammenhang für unmöglich erklärt.

4) So schon Alibrandi I 180 f., ferner Ascoli 45 ff., besonders 48,

undenkbar, daß Paulus in einer solchen Frage von Ulpian und von seiner eigenen bei den Noxalklagen vertretenen Ansicht[1]) abgewichen wäre; sprachlich gehört das Fragment zu den wenigen, die die Zahlung mit dem schiefen und berüchtigten Ausdruck *perceptio* bezeichnen.[2])

III. Passive doppelte Konkurrenz.

§ 32. I. Adjektizische Klagen.

Der Begriff dieser Konkurrenz, die recht eigentlich die gemeinsame Behandlung der Aktionenkonkurrenz und der Personenkonkurrenz als notwendig aufzeigt, ist bereits bestimmt worden[3]): er hat seine Eigenart darin, daß hier die beiden Momente zusammengefaßt erscheinen, von denen je eines die Aktionenkonkurrenz einerseits und die Personenkonkurrenz andererseits gegenüber den Konsumptionsfällen abgrenzt, die sich innerhalb derselben *actio* zwischen denselben Personen vollziehen. Schon auf deduktivem Wege kommt man deshalb zu dem Resultat, daß hier ganz dieselben Konsumptionsregeln gelten müssen wie bei jeder der einfachen Konkurrenzen.[4]) Dies erhält in den Quellen seine Bestätigung.

a) Ein wegen seiner Klarheit von jeher viel verwertetes[5]) und oben[6]) schon mehrfach berührtes Fragment behandelt die Konkurrenz der *actio directa* gegen den *magister navis* und der *actio exercitoria* gegen den *exercitor*: Ulp. D. 14, 1, 1, 24.

Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest. sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso iure minuitur obligatio: sed et si ab exercitore, sive suo nomine, id est propter honorariam obligationem, sive

Binder 371 f., P. Krüger zdSt. Albertario, Rend. del Ist. Lombardo 1914, 507 N. 1 streicht nur [*perceptione, non*]. Auf andere Weise (s. vor. Note) scheidet Eisele das Fragment aus der Betrachtung aus.

1) D. 11, 1, 20 pr.; s. oben S. 310 f.

2) Dazu Levy, Sponsio 201 ff.; s. auch oben S. 299 N. 3.

3) S. oben S. 14. 4) Vgl. oben S. 12 f.

5) Z. B. Keller, Litiskont. 431 f., Ferrini, ZSSt. 21, 193, Binder 119 f.; s. auch Erman, ZSSt. 19, 328, der aber mit Unrecht das Fehlen eines *ipso iure* im ersten Satze für bedeutsam hält; s. unten S. 336 N. 1.

6) Z. B. S. 151 N. 3, 267 N. 1, 268.

magistri nomine solverit, minuetur obligatio, quoniam et alius pro me solvendo me liberat.

Die gewiß nur wegen der Vielgestaltigkeit des *agere*[1]) den Kompilatoren entgangene Entscheidung ist über jeden Zweifel erhaben.[2]) Wir finden genau das gajanische Schema: *si .... actum est, ... agi non potest*[3]) wieder und haben es wie dort[4]) im Sinne konsumierender Wirkung der *litis contestatio* zu verstehen. Diese Entscheidung wird mit einem ebenso deutlichen wie korrekten *et ideo* auf einen einzigen Grund zurückgeführt: das Vorliegen von *eadem res.* Denn nur das heißen die Worte *ex persona magistri:* ist die ganze Klage gegen den Reeder *ex persona magistri,* so ist sie mit der *actio* gegen den Magister selbst identisch, und es braucht einer Einzelheiten wie Klaggrund oder Ziel betrachtenden Nachforschung nicht weiter. Was identische *actio* im Konkurrenzgebiet, wo ja doch zumindest die auswechselbaren Glieder der Formel verschieden sein müssen, bedeutet, ist aus den früheren Betrachtungen[5]) bereits klar: die identische *intentio.* Ist die *intentio* (*iuris civilis*)[6]) mit den sie erläuternden Klauseln der *demonstratio* in beiden Klagen identisch[7]), so besteht eine Gleichheit in allen die zu konsumierende Obligation betreffenden Formelteilen, und es ist für die Konsumption notwendig belanglos, ob diese Gleichheit sich auch noch auf die Kondemnation und auf die bloß auf diese bezüglichen Klauseln der *demonstratio* erstreckt. Das leuchtet für unseren Fall ohne weiteres ein, wenn wir (in Ermangelung einer sicher zu rekonstruierenden Formel der *actio exercitoria*) Lenels Formel für die zweifellos in allen wesentlichen Punkten analoge *actio* (*empti*) *institoria*[8]) hierher setzen, wobei wir die bei der *actio directa* fortfallenden Teile in

---

1) S. oben S. 58 f., 164, 246 ff.

2) Höchstens die Worte *id est propter honorariam obligationem* könnten ein (unschädliches) Glossem sein. Vgl. Perozzi, Le obbligazioni romane 140; s. aber auch oben S. 55 N. 4. 3) Gai. IV 106—108.

4) S. oben S. 58 f. 5) S. 151 f., 238 f. 6) Vgl. oben S. 151 N. 8.

7) Für die *actiones in factum,* bei denen das Ergebnis dasselbe ist (s. oben S. 152 f.), aber die *intentio* mangels einer in ihr ausgedrückten *obligatio* (s. oben S. 55 f.) eine entsprechende Funktion nicht hat, lautet der obige Bedingungssatz: „Ist die *intentio*, soweit sie auf die Legitimation des primären Schuldners (im Gegensatz zum adjektizischen) Bezug hat, in beiden Klagen identisch." Im Hauptsatz muß es entsprechend statt „Obligation" heißen „Klagrecht".

8) Lenel 255.

Klammern schließen: *Quod A^{us} A^{us} de Lucio Titio (cum is a N^o N^o tabernae instructae praepositus esset) decem pondo olei emit, (cui rei Lucius Titius a N^o N^o ibi praepositus erat,) quidquid ob eam rem Lucium Titium A^o A^o dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N^{um} N^{um} [actio directa: Lucium Titium] A^o A^o c. s. n. p. a.* Da die eingeklammerten Klauseln der *demonstratio* nur für die Sachlegitimation des Geschäftsherrn *Numerius Negidius* von Bedeutung, für die Beurteilung der nur *ex persona* des *Lucius Titius* gestellten *intentio* dagegen gleichgültig sind, so haben sie auf die Frage der *eadem res* und somit der Konsumption keinerlei Einfluß.

Neben die *litis contestatio* als Tilgungsakt tritt ganz im Einklang mit den obigen Beobachtungen[1]) koordiniert, aber erst in zweiter Reihe die *solutio*. Gegenüber der Art, wie in interpolierten Stellen Belangung und Leistung nebeneinander gestellt werden[2]), macht sich hier in mehrfacher Beziehung ein wohltuender Gegensatz bemerkbar.[3]) So sehr auch die Wirkung beider Erlöschenstatbestände auf Obligationen *de eadem re* im großen ganzen[4]) identisch ist, so selbstverständlich ist es für den Klassiker, daß, wo ein Tilgungsgrund schon eingetreten ist, für den anderen kein Raum übrig bleibt. Und so ist im ersten Satze mit keinem Worte von Zahlung, im zweiten mit keinem Worte von einem Prozesse die Rede. Beides wird so scharf auseinandergehalten, daß der erste Satz sogar — wiewohl es sachlich gar nicht erforderlich wäre[5]) — es vermeidet, als Gegenstand der Konsumption die *obligatio* (*civilis* oder *honoraria*) zu bezeichnen, die der zweite Satz nicht weniger als dreimal[6]) erwähnt. Noch bemerkenswerter vielleicht ist, daß, während der erste Satz an das zusatzlose *agere* die (vollständige) Befreiung des nicht belangten Schuldners knüpft, der zweite Satz als Objekt des *solvere* ein *quid* nennt und dementsprechend nicht von einem *tolli* oder ähnlich,

---

1) S. 11 f., 40 f., 182 ff.

2) S. etwa oben S. 194 N. 3, 215 N. 4, ferner D. 47, 4, 1, 19 (u. § 69), D. 11, 6, 3 pr. (u. § 125), D. 27, 3, 15 (u. § 128 a. E.).

3) Vgl. die ähnlichen Erwägungen zu Ulp. D. 9, 2, 11, 2 unten § 70 geg. E.

4) Nämlich, wenn man — was für das klassische Recht methodisch geboten ist: oben S. 60 ff. — davon absieht, daß die Prozeßkonsumption bisweilen nur im Wege der *exc. r. i. v. i. i. d.* eintritt: Gai. IV 106—107. Im übrigen s. unten S. 335 f.

5) Vgl. oben S. 55 N. 4. 6) Mindestens zweimal: s. ob. S. 332 N. 2.

sondern (zweimal) von einem *minui* der *obligatio* redet. Ist das eine nachlässige Verschiebung der Symmetrie? Gewiß nicht; vielmehr offenbart sich darin einer der folgenschwersten Unterschiede zwischen dem *agere* (= *litem contestari*) und dem *solvere* überhaupt.[1]) Die Litiskontestation ist ihrem Wesen nach keiner Teilung zugänglich. Soll eine *obligatio* nur zum Teil *in litem* deduziert werden, so muß der Teil entweder (*obligatio certa*) in der Formel so erscheinen, als ob er das Ganze wäre[2]), oder es muß mit dem dem Wesen der *actio* widersprechenden und deshalb als äußere Zutat sofort kenntlichen Hilfsmittel der *praescriptio*[3]) geholfen werden. Grundsätzlich erfaßt die *litis contestatio* also die ganze *obligatio* und die ganze *actio*.[4]) Vollkommen gegensätzlich dazu fragt die *solutio* stets nach dem Wieviel; sie ist im eminenten Sinne teilbar, ebenso teilbar wie die Geldsumme, die ihr Objekt ist. Eine *solutio* bringt die *obligatio*, auf die sie sich bezieht, an sich niemals in ihrer Totalität, sondern stets nur insoweit zum Erlöschen, als die gezahlte Geldsumme die Höhe der Forderung erreicht. Zwischen einer teilweisen und einer vollen Zahlung besteht kein qualitativer[5]), sondern nur ein quantitativer Unterschied, und nur, weil die Summe der Teile das Ganze ausmacht, kann man von einer Befreiung durch Zahlung schlechthin sprechen. So wenig es nach klassischen Begriffen möglich wäre, daß eine *actio minuitur*[6]), so korrekt ist es, wenn Ulpian die *solutio* auf die *obligatio* prinzipiell minuierend und nicht konsumierend wirken läßt.

Auf diesen Gegensatz, der im fr. 1 § 24 zu so überzeugendem, deutlichem Ausdruck kommt, führt es zu einem Teile zurück, wenn das justinianische Recht vom klassischen so grundsätzlich abweicht. Würde die *solutio* ebenso wie die *litis contestatio* ihrem Wesen nach „konsumierend" das Ganze ergreifen, so hätte sich die Reform auf ein engeres Gebiet beschränkt. Erst daraus, daß sie mit der Aus-

---

1) Vgl. auch Gai. III 180: *tollitur .... obligatio litis contestatione*; dagegen Gai. III 168: *tollitur .... obligatio .... solutione eius, quod debetur* und III 172: *quod debetur, pro parte recte solvitur.*

2) S. oben S. 118. 3) S. oben S. 117.

4) Welch letztere eine zwar nicht unteilbare (s. im Text), aber „eine an sich ungeteilte" ist: Bekker, Aktionen I 326.

5) Vgl. das *recte* oben N. 1.

6) Zu Ulp. D. 11, 3, 11, 2 s. unten § 59 geg. E.

schaltung des klassischen Prozeßbegründungsaktes, die mit der Ersetzung der *actio* durch den materiellen Anspruch parallel ging[1]), durchweg an die Stelle des Ob das Wieviel als maßgebend treten ließ, ergab sich für das justinianische Recht als unbedingt notwendige Begleiterscheinung die Nachklage auf den nicht erzielten Rest[2]), die, sofern hier das Quantum die Zerstückelung einer *actio* in mehrere Klagen bestimmt, ein Gegenstück zu der durch das Quale der Ansprüche terminierten *actio mixta*[3]) bildet. Man darf alle diese Neuerungen nicht einzeln auf dem Konto der Kompilatoren buchen; mehr oder weniger mußten sie sich sämtlich durchsetzen als Wirkungen des Fortfalles des Formularprozesses und des mit ihm untrennbar verknüpften Aktionenbegriffes. Als solche sind sie deshalb den Byzantinern auch nicht zum Vorwurf zu machen. Nur das trifft sie, daß sie sich vermaßen, das neue Recht in das andersartige Recht der Aktionen einarbeiten zu wollen. —

Auch für sich allein betrachtet, ist der zweite Teil der Stelle instruktiv, indem er die Art, in welcher die Zahlung auf eine *obligatio de eadem re* wirkt, hell beleuchtet. Das Fragment behandelt, was im Interesse der Vereinfachung begrüßt werden kann, die Wirkung auf die *obligatio civilis*: das ist das Näherliegende und wird durch den Gegensatz der *honoraria obligatio* des Exerzitors vielleicht[4]) noch besonders betont. Eine *obligatio civilis tollitur* durch eine *litis contestatio de eadem re*; wird sie trotzdem *in litem* deduziert, so erfolgt Absolution aus dem materiellen Grunde des Fehlens einer Verbindlichkeit des Beklagten.[5]) Daß die *solutio de eadem re* eine mindere Wirkung, nämlich, wie man gesagt hat[6]), eine bloße Reflexwirkung haben sollte, die die andere *obligatio* nicht *ipso iure* tilgte, sondern nur gegenstandslos machte; daß also der Beklagte hier nicht mangels Schuld, sondern bloß mangels Interesses des Klägers absolviert werden sollte, ist von vornherein unwahrscheinlich und gekünstelt. Eine solche Betrachtungsweise wird durch andere Belege nicht gestützt[7]), durch unser Fragment aber offen widerlegt. Die Zahlung des

---

1) S. oben S. 162 ff.

2) Vgl. z. B. Pernice, Labeo II 1, 46; Ferrini, Dir. pen. rom. 237; schwankend noch Eisele 79, 388 ff. 3) Levy, Priv. 140 ff.

4) S. oben S. 332 N. 2. 5) S. oben S. 51.

6) Binder 28 ff., namentlich 31 f., 35; richtig Geib, Bürgschaftsrecht 69 und implicite Eisele 77, 458 f. 7) Vgl. oben S. 188 f.

Magisters zwecks Erfüllung der (in der *intentio* verlautbarten) eigenen *obligatio* wirkt, wie Ulpian vorausschickt, selbstverständlich auch zugunsten des Exerzitors *ipso iure* minuierend.[1]) Dann heißt es: *sed et si* ...., *minuetur obligatio*: also nicht minder wirkt die Zahlung *ipso iure* in zwei weiteren Fällen. Erstens wenn (was hier nicht weiter zu verfolgen ist, aber als allgemein anerkannt[2]) einen selbständigen Schluß auf den zweiten Fall gestattet) ein anderer *nomine* des Schuldners dessen *obligatio* tilgt, *quoniam et alius pro me solvendo me liberat*; zweitens wenn der *exercitor* auf seine eigene *obligatio* (*honoraria*) zahlt: auch durch diese Zahlung geht die *de eadem re* bestehende *obligatio* des Magisters *ipso iure* unter. Das ist genau dieselbe Gleichsetzung, die in Inst. 3, 16, 1 in die Worte gefaßt ist: .... *una*[3]) *res vertitur*: *et* .... *alter solvendo* .... *omnes liberat*; *omnes* ebenso unmittelbar wie den zahlenden *alter* selbst.

Wenige Worte genügen, um das Verhältnis von D. 14, 1, 1, 24 zu D. eod. 1, 17 klarzustellen:

Est autem nobis electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus.

Gerade diese kurze und deshalb um so prägnantere Stelle führt die Ansicht, daß *electio* im klassischen Sprachgebrauch einen Hinweis auf Prozeßkonsumption enthalte, ad absurdum. Wie sollte Ulpian im § 17 dasselbe ausgesprochen haben, was er im § 24 in größerer Ausführlichkeit zum Ausdruck bringt?[4]) Man braucht nur den Zusammenhang zu würdigen, um zu erkennen, daß der Jurist hier nicht an die Konkurrenz, die Wahllast, sondern an das Wahlrecht des mit dem *magister* kontrahierenden Dritten denkt: nur dazu paßt die im § 18 folgende Bemerkung, die dem *exercitor* ein entsprechendes Wahlrecht verschränkt. Das bestätigt der Wortlaut des § 17, wenn wir ihn an der Hand der oben[5]) gewonnenen Resultate prüfen: Objekt der *electio* ist *convenire* ≐ *litem contestari*; daß diese *electio* aber anders als etwa in D. 14, 4, 9, 1 und D. 9, 4, 26, 1 nicht als

1) Das *ipso iure* steht hier, da es offenbar in die Periode *si quidem* .... *sed et si* gehört, nicht etwa im Gegensatz zu dem *agi non potest* des ersten Satzes. Das auf diese Worte folgende *sed* knüpft lediglich an; vgl. oben S. 331 N. 5.

2) Vgl. Gai. D. 3, 5, 38.

3) Hierzu oben S. 189 N. 1.

4) So nichtsdestoweniger Ferrini, ZSSt. 21, 193.

5) S. 41 ff., besonders S. 44 N. 2.

ein Müssen (*debere*), sondern als ein Können erscheint, hindert eine gegen den Kläger gerichtete Auslegung im Sinne konsumierender Wirkung.

b) Der adjektizischen Klage tritt nicht eine direkte, sondern eine andere adjektizische Klage gegenüber in Ulp. D. 14, 4, 3 pr.: *Sed si servus communis sit et ambo sciant domini, in utrumlibet ex illis dabitur actio: at si alter scit, alter ignoravit, in eum qui scit dabitur actio, deducetur tamen solidum quod ei qui ignoravit debetur. quod si ipsum quis ignorantem convenerit, quoniam de peculio convenitur, deducetur etiam id quod scienti debetur et quidem in solidum: nam et si ipse de peculio conventus esset, solidum quod ei deberetur deduceretur, et ita Iulianus libro duodecimo digestorum scripsit.* Das interessante Fragment, das, wie bemerkt sei, stets nur das *convenire* im Auge hat, handelt unmittelbar zwar nicht von der Wirkung der *litis contestatio*, sondern von dem Deduktionsrecht, das bekanntlich der *actio de peculio*, aber nicht der *actio tributoria* gegenüber besteht. Nach den obigen Erörterungen[1]) ist jedoch daraus, daß ein Beklagter das einem anderen zustehende Deduktionsrecht geltend zu machen vermag, ein sicherer Schluß darauf möglich, daß er in Höhe des ihm und dem anderen zusammen zustehenden Pekuliums *de peculio* verurteilt werden kann, woraus wieder das zwischen beiden bestehende Konsumptionsverhältnis ohne weiteres abzuleiten ist.

Die Stelle gliedert sich in vier Sätze, deren jeder einen selbständigen Fall enthält. Am wenigsten ergiebig ist der schon berührte[2]) erste Satz, der eine einfache Personenkonkurrenz gegenüber der *actio tributoria* zum Gegenstande hat. Die folgenden beiden Sätze erhalten ihre Begründung (*nam*) aus dem letzten Fall, den Ulpian als den einfachsten zugrunde legt. Hier steht eine einfache Aktionenkonkurrenz zwischen der *actio de peculio* und der *actio tributoria* im Hintergrund; der Kläger wählt, was sich bisweilen empfiehlt[3]), die erstere Klage und ist ihr gegenüber, wie Ulpian unter Berufung auf Julian entscheidet, dem Deduktionsrecht ausgesetzt. Ganz natürlich. An sich greift die *deductio* der *actio de peculio* gegenüber ein. Andererseits erwächst dem Kläger nicht etwa ein Einwand[4]) daraus, daß er

1) S. 241 ff. 2) Oben S. 271 f. 3) Vgl. Gai. IV 74 a; Gai. D. 14, 4, 11.

4) Daß der Kläger das Deduzierte nicht noch im Wege der *actio tributoria* nachverlangen kann, erhellt aus der Stelle selbst unmittelbar; gerade das ist ja der Sinn des Deduktionsrechts.

(gegen den *dominus sciens*) auch mit der *actio tributoria* hätte vorgehen können; denn diese ist durch die *litis contestatio* über die *actio de peculio* konsumiert (vgl. auch D. 14, 4, 9, 1).[1]) Daraus ergibt sich die Entscheidung für den Fall (dritter Satz), daß der *dominus ignorans* (mit der allein zuständigen *actio de peculio*) belangt wird. Mit dieser Klage erreicht der Kläger, da die *domini socii* sind[2]), *condemnatio in solidum peculium* und muß sich dementsprechend *deductio* auch (*etiam*) wegen der Forderungen des *sciens* gefallen lassen. Ein Einwand aus dessen *scientia* entfällt auch hier; denn mit der Belangung des *ignorans* ist die *actio de peculio* gegen den *sciens* und mit dieser wieder die in *eadem res* stehende *actio tributoria* untergegangen. Vielleicht könnte man hier schon die doppelte Konkurrenz entschieden sehen; jedenfalls tritt sie im zweiten Satz unverhüllt hervor. Das Konsumptionsverhältnis zwischen der *actio tributoria* gegen den *dominus sciens* und der *actio de peculio* gegen den *dominus ignorans* ist eine notwendige Folge der Berücksichtigung des bei dem *ignorans* befindlichen Pekuliums für die *condemnatio* auf die *actio tributoria*; die letztere Tatsache selbst ist in der Zulassung der *deductio* der Forderungen des *ignorans* implicite ausgesprochen. Begründen läßt sich die Prozeßkonsumption auf dem gewöhnlichen Wege: die *intentio* nebst den zu ihrer Erläuterung dienenden Teilen der *demonstratio* ist bei beiden Klagen buchstäblich identisch, da sie (fiktizisch) dieselbe *obligatio* des *servus communis* zum Gegenstande hat. Aber man braucht zu diesen Elementen der Konsumptionslehre nicht hinabzusteigen. Steht das Konsumptionsverhältnis in der einfachen Aktionenkonkurrenz: *actio de peculio*⌒*actio tributoria* fest[3]), so muß angesichts der Unerheblichkeit der Personenmehrheit[4]) für die doppelte Konkurrenz notwendig dasselbe gelten. Das ist die Folgerung, die Ulpian mit der die Einheitlichkeit der Konkurrenzen drastisch beleuchtenden Überleitung *nam et si* zieht.

c) Einen ähnlichen Fall doppelter Konkurrenz (*actio institoria* gegen den, der den Sklaven als Institor *praeposuit*⌒*actio ex inferioribus edictis* [*de peculio, in rem verso, quod iussu*]) gegen den *dominus* erwähnt Paul. D. 14, 3, 17, 1. Aber zur Entscheidung, die nach dem Obigen zweifellos auf Konsumption lauten müßte, kommt es nicht. Das

1) Oben S. 154 f. 2) S. oben S. 241 f., 249.
3) Oben S. 154 ff. 4) Oben S. 239.

vel . . . . vel agere potero läßt nur einen Schluß auf Ganzhaftung zu, besagt aber nichts über den prozessualen Weg, auf dem sich die Alternative verwirklicht.[1]) Es war dem Juristen hier nur um die Zuständigkeit der Klagen zu tun.

§ 33. 2. Noxalklagen.

Die Noxalklagen sind vom Standpunkt der beiden einfachen Konkurrenzen bereits Gegenstand ausführlicherer Betrachtung gewesen und bieten deshalb als solche hier keine besonderen Schwierigkeiten mehr.

a) Ulp. D. 9, 4, 7, 1:

Pomponius ait, si emptor servi noxali conventus sit, venditorem, quo sciente factum est, conveniri iam non posse.

Dieses auf die Noxalklagen allgemein bezügliche[2]) Fragment bringt für den Fall: *actio noxalis* gegen den *emptor servi* + *actio sine noxae deditione* gegen den *venditor sciens* die Entscheidung der befreienden Wirkung der *litis contestatio* mit der wieder an Gaius[3]) erinnernden Wendung: *si . . . . conventus sit, ... conveniri iam non posse.* Wie diese klare Stelle[4]) schon oben[5]) die Beweisführung gestützt hat, so begreift sie sich nach dem Vorangegangenen leicht. Die *eadem res* ist, wie gezeigt, hier nicht wie bei den adjektizischen Klagen unmittelbar aus einer *eadem intentio* abzuleiten; denn die *intentio* beider Klagen unterscheidet sich sowohl in der Person, über deren *dare oportere* zu befinden ist, wie in ihrem Gegenstande, der nur in der einen Formel alternativ bezeichnet wird. Es ergibt sich jedoch die Identität der einzelnen Faktoren: die *causa* besteht übereinstimmend in dem *factum servi*, gleichviel ob *cum* oder *sine noxae deditione*[6]), gleichviel ob gegen diesen oder jenen Herrn[7]) geklagt wird. Das Ziel ist die Sühne für die eine Tat, die trotz der Beteiligung mehrerer Personen (des Verkäufers und des Sklaven) nur einmal verlangt werden kann, da die Berücksichtigung des zwischen beiden bestehenden Gewaltverhältnisses den *servus* als den bloß Ausführenden, den

---

1) S. oben S. 48. 2) S. oben S. 159 N. 2. 3) IV 106—108.

4) Der Indikativ *factum est* inmitten der indirekten Rede erklärt sich anstandslos als eine Erläuterung Ulpians zu der bei Pomponius wahrscheinlich in weiterem Zusammenhange stehenden Entscheidung.

5) S. 170. 6) S. oben S. 167f. 7) S. oben S. 310 f.

dominus als den in erster Linie für die Tat Verantwortlichen erscheinen läßt und die Erfordernisse des Delikts daher erst bei beiden zusammen gegeben sind.[1]) Die Erwägungen sind hier nach jeder Richtung hin genau dieselben, wie sie bei der einfachen Aktionenkonkurrenz (D. 9, 4, 4, 3) Platz gegriffen haben. Liegt doch der ganze Unterschied im Tatbestande ausschließlich darin, daß der *servus* nach der Tat seinen Herrn gewechselt hat und daher in Ansehung zwar der Noxalklage, aber nicht der Klage *in solidum* der Grundsatz *noxa caput sequitur* praktisch wird. Dadurch, daß infolgedessen in der Passivlegitimation nur einer Klage eine Sukzession sich vollzieht, spaltet sich die Person des einen Beklagten in zwei, und es tritt demgemäß zu der Aktionenkonkurrenz eine Personenkonkurrenz hinzu, ohne daß sich in der Konkurrenzlage selbst auch nur das geringste geändert hätte.[2]) So entsteht ein typisches Beispiel für die Wesensgleichheit der drei Konkurrenzen.

b) Die Ausführungen zu a über Grund und Ziel der Klage treffen nicht weniger zu, wenn der delinquierende Sklave nicht nach-, sondern nebeneinander mehrere Herren hat, von denen der eine *sciens*, der andere *ignorans* ist. Auch hier muß die gegen den letzteren gerichtete Noxalklage die gegen den *sciens* zuständige Klage *sine noxae deditione* konsumieren und umgekehrt. Das gleiche ergibt sich unmittelbar aus den bereits festgestellten Tatsachen[3]), daß die Noxalklage gegen den *ignorans* mit der Noxalklage gegen den *sciens* und diese Klage wieder mit der *sine-noxa*-Klage gegen den *sciens eadem res* bildet; denn wenn a = b und b = c ist, so ist auch a = c.[4]) Als Quellenbeleg hierfür ist D. 9, 4, 26, 2 natürlich unverwertbar, weil dieses Fragment nicht von der zivilen, sondern von der wesensverschiedenen prätorischen *sine-noxa*-Klage handelt.[5])

α. Ergiebiger ist Paul. 39 ad ed. D. 9, 4, 9:

Si communis familia [vel communis servus] furtum fecerit altero ex dominis sciente, is qui scit omnium nomine tenebitur et conventus

---

1) S. oben S. 168 ff., bes. 172 f.

2) Entgegengesetzt natürlich Stephanos, schol. ἐν τῷ τέλει zu Bas. 60, 5, 7, 1 (Heimb. V 343), weil ihm die Aufgabe zufiel, das klassische D. 9, 4, 7, 1 mit dem byzantinischen Schluß von D. eod. 4, 3 (oben S. 158) zu vereinigen.

3) S. oben S. 309 ff., 158 ff.

4) Über eine hier unbeachtliche Einschränkung dieses Grundsatzes u. § 117 a. E. 5) S. oben S. 323 f.

alterum quoque liberat nec a socio quicquam debebit consequi: sui enim facti nomine poenam meruit. quod si is qui ignoravit duplum praestiterit, a socio simplum consequetur.

Lenel[1]) will dieses Fragment zum Kommentar über die *actio furti nec manifesti* ziehen, und das *duplum* am Schlusse zeigt allerdings, daß der Jurist an diese Klage denkt. Das schließt aber nicht aus, daß Paulus von dem gleichfalls im 39. Buche erörterten Edikt wegen eines von der *familia* begangenen *furtum* (*nec manifestum*) ex professo gehandelt hat. Dies bestätigt der Inhalt; denn die auf den einfachen Noxalfall hindeutenden Worte *vel communis servus* bilden einen wohl als Glossem anzusprechenden Fremdkörper.[2]) Von einer bloßen *noxae deditio* des *ignorans* ist nicht die Rede; der Gedanke an sie tritt infolge des *duplum praestiterit* noch weiter zurück; *omnium nomine* ist mit dem Tatbestande eines *unus servus* überhaupt nicht zu vereinen. Die ganze Stelle hätte nicht anders lauten können, wenn sie nur das *furtum familiae* im Auge gehabt hätte. Was aber hat es mit diesem auf sich? Erlauben die Vorschriften für das *furtum familiae* eine entsprechende Anwendung auf das *furtum unius servi* und ist jenes *furtum* von diesem aktionenrechtlich überhaupt zu unterscheiden?

Mit dem Zwecke, *ne (servi) evertant domini patrimonium, si omnes dedere aut pro singulis aestimationem litis offerre cogatur* (Ulp. D. 47, 6, 1 pr.), ediziert bekanntlich der Prätor, *cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum, si liber fecisset, consequeretur* (Paul. D. 9, 4, 31). Dementsprechend soll er, wie man heute annimmt[3]), eine besondere Formel proponiert haben, so daß gegenüber dem *dominus ignorans* mit den gewöhnlichen *actiones noxales servorum singulorum nomine* eine *actio furti familiae* konkurriert hätte. Indessen ist die Existenz einer solchen Formel und *actio* zu bestreiten. Positive Anhaltspunkte für sie hat noch niemand in den Kommentaren entdeckt.[4]) Als Ausfluß des Ediktes erscheint nicht ein neues Klagrecht des Bestohlenen, sondern ein Gegenrecht, *arbitrium*[5]), *beneficium*[6]), *leva-*

---

1) 313 N. 8.

2) Ähnlich insoweit Pampaloni, Studi Senesi 16, 210 f., der aber die Worte auf Justinian zurückführt.

3) Lenel 324, auch wohl Karlowa II 1327 f.

4) Vgl. Lenel a. a. O. 5) Ulp. D. 47, 6, 1 pr. 6) Ulp. D. eod. 1, 1.

mentum[1]), eine *facultas*[2]) des *dominus*, und auch diese äußert sich nicht in der Wahl eines besonderen Rechtsbehelfs, sondern in der Freiheit, an Stelle des *civiliter* geschuldeten Vielfachen ein Einfaches d. h. die einmalige Litisästimation anzubieten, die ein einziger freier Täter zu entrichten hätte.[3]) Diese materielle Leistung[4]) und nur sie ist erheblich. Sie hat, falls bewirkt, die Denegation weiterer Aktionen[5]) und, solange sie in einem Prozeß überhaupt noch möglich ist, die Aussetzung anderer Prozesse[6]) zur unmittelbaren Folge. Darin aber ist die Wirkung des Ediktes beschlossen. W a n n und wie der

1) Ulp. D. eod. 3, 2. 2) Ulp. D. eod. 1, 1 (bis). 2.

3) Ulp. D. eod. 1 pr.

4) Als Beispiel erscheint, weil natürlich auch hier die *actio furti nec manifesti* den Ausgangspunkt bildet, überall lediglich das *duplum* (Paul. D. 9, 4, 9; eod. 31 Mitte; Marcell. D. 47, 6, 5 i. f.; Scaev. D. eod. 6 pr., § 1). Dagegen soll Julian (D. 47, 6, 2) zwecks Erfüllung des *damnum decidere oportere* (denn nur auf dieses kann es ankommen: D. eod. 5 i. f.: *decidisset*) gefordert haben, daß *et poenae nomine duplum et c o n d i c t i o n i s s i m p l u m* geleistet werde. Diese Hineinzerrung der *condictio* (*furtiva*) in die Sphäre der *actio furti* verstößt gegen die im klassischen Recht ausnahmslos durchgeführte Scheidung beider Judizien und unmittelbar z. B. gegen Ulp. D. 13, 1, 7 pr.; um so mehr verträgt sie sich mit der aktionenfremden, laxen Anschauung der Byzantiner (s. unten S. 439 f.) und manchen anderen der *cond. furtiva* gewidmeten Emblemen (s. unten S. 343 N. 5). Die klassische *condictio furtiva* ging ohne Rücksicht auf die die Ersatzfrage ja in der Tat nicht berührende Zahl der diebischen Sklaven ihren gewöhnlichen Weg auf das *quod ad dominum pervenit* (s. unten S. 440 ff.). Entweder haben also die Kompilatoren Julians Worte an falscher Stelle eingesetzt oder die Worte *et* und *et condictionis simplum* gefälscht. Für das letztere spricht: a) die Nennung des *simplum*, das nur dem Kompilator Sachverfolgung, dem Klassiker immer Strafe ist: L e v y, Priv. 103 f., 111, 143 f.; vgl. auch oben S. 144 N. 5. b) Die Verbindung (vgl. auch VIR. IV 191, 5) *condictionis nomine* (*consequi*): s. unten § 82. — Das Ganze wird durch die parallele Interpolation in Paul. D. 9, 4, 31 wesentlich gestützt (über sie unten S. 343 N. 5), ferner aber auch durch Ulp. D. 47, 8, 2, 15 i. f. (*quia sufficit dominum semel q u a d r u p l u m offerre*), insofern die *condictio furtiva* für Ulpian neben der Raubklage dieselbe Rolle spielt: u. S. 433.

5) Ulp. D. 47, 6, 3 pr. i. f. (weniger deutlich init.: *cessat*), Paul. D. 9, 4, 31 (*inhibeantur*) und namentlich Paul. D. 2, 1, 9 (*edicitur... in furto, n e i n r e l i q u o s a c t i o d e t u r*), Gai. D. 9, 2, 32 pr. (*proconsul in furto observat, quod a familia factum sit, id est u t n o n i n s i n g u l o s d e t u r poenae persecutio*). Entgegengesetzt bezeichnenderweise im Fall des Publikanenediktes (u. S. 345 N. 1) Ulp. D. 39, 4, 3, 3: *absolutio fiat*; vgl. u. S. 493 N. 1.

6) Ulp. D. 47, 6, 1, 3.

Bestohlene zur Befriedigung kommt, spielt keine Rolle; der *dominus* kann die Litisästimation außergerichtlich, er kann sie auf die Noxalklage *unius servi nomine*[1]) zahlen, auf die letztere gleichviel, ob er als Besitzer oder böslicher Entsitzer[2]) d. h. mit der oder jener Formel in Anspruch genommen wird. Ja, unter dem Einfluß der sabinianischen Schule wurde allmählich sogar die Ansicht herrschend, daß selbst die — ursprünglich als Gegenstück der Ästimation gedachte[3]) — Dedition eines der schuldigen Sklaven die „Erleichterung" des *dominus* nicht ausschließe, sondern *pretium noxae deditorum imputari debere*[4]), und Paulus geht unbedenklich so weit, den Wert auch des Sklaven in die Ästimation einzurechnen, der *indefensus ductus sit.*[5])

Unter diesen Umständen fragt man vergebens, wo für die angebliche *actio furti familiae* noch ein Raum bleibt. Der *dominus ignorans*, dem das Edikt doch dienen will, brauchte sie nicht, und der Bestohlene hätte mit einer auf die ganze *familia* abgestellten *intentio* unnötig die ihm etwa gegen andere Passivbeteiligte noch zustehenden

1) Ulp. D. eod. 1, 3. 2) Ulp. D. eod. 3, 2.

3) Ulp. D. eod. 1 pr. 4) Paul. D. 9, 4, 31.

5) Das alles ist einleuchtend (vgl. auch unten S. 354 N. 1). Während aber Paulus zuvor die Denegation ausschließlich an die Leistung des Duplums knüpft, heißt es hinterher plötzlich: *certe non tantum duplationis, sed et condictionis rationem habendam.* Man hat diesem (noch dazu mit dem Gerundiv) in der Luft hängenden A. c. I. unter kaum fördernder Bezugnahme auf Stephanos, schol. ἔστιν ἔδικτον zu Bas. 60, 5, 31 (Heimb. V 367) durch verschiedene Konjekturen (Mommsen, Ferrini zdSt.) aufzuhelfen gesucht, indem man vor allem in dem folgenden *Iulianus putat* einen Hauptsatz schuf, der sich durch Jul. D. 47, 6, 2 (Lenel, Jul. Nr. 356) noch besonders zu empfehlen schien. Indessen ist diese Stelle interpoliert (s. oben S. 342 N. 4) und jener Hauptsatz zu dem korrekten Schlußfall zu ziehen, der des regierenden Verbums, gerade weil er eine vollkommen neue Frage bringt, dringend bedarf und, so ausgestattet, mit *Iulianus putat* in derselben Weise einen neuen Paragraphen einleitet wie etwa der nahe D. 47, 2, 67, 3. Das *certe .... habendam* ist also nicht zu heilen; es macht sich vielmehr umgekehrt noch durch weiteres verdächtig: *ratio habenda est* ist mehrfach interpoliert (Seckel, *ratio* 3 a. E.), *duplatio* ἅπαξ λεγόμενον (VIR. II 418), *duplatio—condictio* ein unlogisches Nebeneinander. Inhaltlich führen die Worte auf die gleichen Kompilatoren zurück, die auch sonst (z. B. D. 13, 7, 22 pr. [unten § 113], D. 47, 2, 52, 14 [unten § 99], D. eod. 77, 1 i. f. [unten S. 482 N. 3]) zur Einflickung der *condictio furtiva* neigen und namentlich in D. 47, 6, 2 eine identische Fälschung angebracht haben; über sie oben S. 342 N. 4, von wo die entscheidenden sachlichen Argumente zu übernehmen sind.

Aktionen aufs Spiel gesetzt.[1]) Nur wenn er keinen der Delinquenten nach Person oder Namen kannte[2]) oder auf den *dominus* einen verstärkten Druck üben wollte, wird er sich entschlossen haben, alsbald (mittels einer oder mehrerer Noxalformeln)[3]) *omnium servorum* = *totius familiae nomine*[4]) vorzugehen.[5]) Der unpraktische Fall, daß der *dominus* solcher Drohung gegenüber[6]) sowohl die Leistung der einmaligen Ästimation wie die Dedition der erforderlichen Zahl von Sklaven verschmäht hätte, ist nicht überliefert, und so darf es dahinstehen, ob der Prätor gegenüber einer entsprechenden *actio iudicati* dem Beklagten noch durch Teildenegation beigesprungen wäre. Wahrscheinlich ist es nicht.

Zwei Auffälligkeiten des Ediktes erklären sich von diesem Standpunkt ohne weiteres. Die von Karlowa[7]) nicht ohne Grund vermißte Erwähnung der fortdauernden Befugnis zum *noxae dedere* erübrigte sich, wenn sich das Edikt darauf beschränkte, die eben dargelegte Modifikation des allgemeinen Noxalrechtes anzuordnen. Und dieser seiner Tragweite entspricht es weiter, wenn das Edikt nicht, wie die herrschende Lehre erwarten müßte, ein *iudicium* ver-

1) Dazu unten S. 345 ff. 2) Vgl. etwa Ulp. D. 47, 8, 2, 14.

3) Je nachdem die Namen der diebischen Sklaven in derselben *demonstratio* (*intentio*) gemeinsam oder in je einer Formel getrennt genannt wurden.

4) Beides ist gleichbedeutend, wie ja auch der Kläger in der einen Formel (vor. Note) alle Sklaven mit Namen oder die *familia* des Beklagten als solche bezeichnen konnte.

5) Der Wortlaut des Ediktes wäre an sich auch mit einer Praxis vereinbar, die — im Hinblick auf die durchgedrungene Lehre des Sabinus (oben S. 343 N. 4) — bei hohem Werte der Sklaven und Geringfügigkeit der gestohlenen Sache von vornherein gleich eine Anzahl der *iure civili* zuständigen Aktionen denegiert hätte. Die in dieser Richtung scheinbar zu verwertenden gegensätzlich gebrauchten Wendungen, daß der *sciens omnium nomine tenebitur* (Paul. D. 9, 4, 9; vgl. auch Marcell. D. 47, 6, 5 init.) oder *singulorum nomine conveniri potest noxali iudicio* (Ulp. D. 47, 6, 1, 1), und namentlich Ulp. D. 47, 8, 2, 15 kommen aber nicht dagegen auf, daß auch gegen den *dominus ignorans* die Noxalklage *familiae nomine* gestattet (Ulp. D. 47, 6, 3 pr.; vgl. Ulp. D. 47, 8, 2, 14. 16. 19) und das *denegare*, *inhibere*, *sustinere actionem* (Paul. D. 2, 1, 9; Paul. D. 9, 4, 31; Ulp. D. 47, 6, 1, 3) an weitere Voraussetzungen ausdrücklich gebunden wird. S. dazu unten S. 345 N. 10.

6) Die auf ein *praestare totius familiae nomine* im Sinne von Marcell. D. 47, 6, 5 init. hinauslief.

7) II 1328 N. 1; anders Lenel 324 N. 7.

heißt[1]), sondern bloß erklärt, daß der Prätor die (bestehende) *actio*[2]) lediglich mit einer gewissen Maßgabe (*ad eum modum*[3])) erteilen werde.[4]) Der heute klargestellte allgemeine Sprachgebrauch[5]) fordert schon von sich aus die Deutung, daß der Magistrat hier, statt eine neue Formel zu gewähren, vielmehr umgekehrt die gemeinübliche Rechtsverfolgung (durch Denegation oder Hemmung) in gewisser Richtung einschränkt.[6])

Dazu allein paßt endlich die Regelung der Konkurrenz des *dominus ignorans* — einerseits mit dem *dominus sciens*, andererseits mit dem aus der *familia* ausgeschiedenen *servus* (*manumissus*) oder dessen neuem Gewalthaber. In ersterer Hinsicht ist das oben[7]) wiedergegebene D. 9, 4, 9 überaus lehrreich. Paulus hebt zunächst hervor, daß der *dominus sciens*[8]) in Höhe der von jedem der Sklaven[9]) im Falle ihrer Freiheit zu zahlenden vollen Litisästimation haftet.[10]) Wird mit ihm demgemäß — mittels einer oder mehrerer Formeln[11]) — *omnium servorum nomine* der Streit befestigt (*conventus*), so befreit er damit den *ignorans*, weil keine Sklaventat übrig ist, derent-

---

1) Nach Art des allgemeinen Publikanenediktes (D. 39 4, 1 pr.): *quodve familia publicanorum* .... (Lenel, Ed. 374 f.). Darüber u. S. 492 f.

2) S. bes. *haec actio, hac actione* in Ulp. D. 47, 8, 2, 14. 15.

3) Diese Worte standen sicher im Album; s. außer Paul. D. 9, 4, 31 noch Marcell. D. 47, 6, 5 init.

4) In diesem Sinne heißt es bei Julian D. eod. 4: *eadem actio competere debet*, wo das *eadem* sofort durch den *id-est*-Satz vor Mißdeutungen bewahrt wird.

5) Zu ihm namentlich Wlassak, Prozeßges. I 77; Lenel, ZSSt. 9, 180 (vgl. Ed. 420 N. 3), s. auch Gradenwitz, Interpol. 103.

6) Außer den von Wlassak a. a. O. angeführten Quellen vgl. noch Gai. D. 4, 3, 26; Pomp. D. 29, 2, 99; Ulp. D. 29, 4, 6, 3. 7) S. 340 f.

8) Von der „Anstiftung" (so Berger, Teilungsklagen 206) ist hier keine Rede. Muß man sich schon hüten, *iubere* schlechthin als „anstiften" zu fassen (s. oben S. 291, 297 N. 9), so ist *scire* von jenem Begriff noch weiter entfernt: vgl. oben S. 171.

9) Das *omnium nomine* entspricht dem *et suo nomine et singulorum nomine* in D. 47, 6, 1, 1 (vgl. oben S. 172 N. 4), wo Pampaloni, St. Sen. 16, 210 f. das *et suo nomine* mit Unrecht verdächtigt.

10) Lediglich dieses materielle Ergebnis bietet den von Paulus gewollten Gegensatz zu dem *dominus ignorans* (s. oben S. 344 N. 5).

11) Ob die mehreren Aktionen in einer Formel vereinigt wurden (ein anderes Beispiel ob. S. 198 oben), ist aktionenrechtlich ohne jeden Belang; vgl. dazu oben S. 344 N. 3.

wegen nicht bereits *res in iudicium deducta* wäre. Irgendeine Besonderheit besteht nicht, und so kommt auch das *familia*-Edikt hier nicht zur Geltung. Die Wechselseitigkeit des *eadem-res*-Prinzips würde für die umgekehrte Reihenfolge *ignorans* + *sciens* die gleiche Entscheidung gebieten[1]), und es ist ja auch nicht zu bezweifeln, daß die sämtlichen *actiones sine noxae deditione* konsumiert wären, wenn der Bestohlene mit dem *ignorans familiae nomine litem* kontestiert hätte. Aber dieser Fall war so wenig wichtig, daß Paulus ihn beiseite läßt. Er ersetzt ihn durch den anderen, daß der *ignorans duplum praestiterit*, und gibt diesem in Höhe des *simplum* zugleich den Regreß gegen den *sciens*. Diese Wendung ins materielle Recht ist höchst bezeichnend. Ob der *ignorans* das *duplum* in Geld oder in Sklaven, ob er es ohne Prozeß oder nach Streitbefestigung *unius* oder *plurium* oder *omnium nomine* leistete, blieb ganz außer Betracht[2]), und so fehlte es für die Prozeßkonsumption an jedem Anhalt. Auf der Grundlage, daß gegen den *sciens* konsumptionsrechtlich *res integra* bestehe, wurde auch die Befreiungsfrage lediglich in Anlehnung an den Tatbestand der Leistung im Sinne des Ediktes formuliert, nämlich dahin, *an iam in socium alterius servi nomine non sit dandum iudicium, quemadmodum si omnium nomine socius decidisset* (Marcell. D. 47, 6, 5 i. f.).[3]) Sie scheint man im spätklassischen Recht durchgängig bejaht d. h. im Sinne eines *denegare iudicium* entschieden[4]) zu haben, weil *quod a domino praestitum est, quasi a familia esse praestitum*[5]), und so versteht sich die nur mit seiner Befreiung gegenüber dem Bestohlenen vereinbare Regreßhaftung des *sciens*. Diesem selbst wird im umgekehrten Fall der Regreß gegen den *ignorans* versagt mit der an Ulpian (D. 9, 4, 2 pr.)[6]) an-

1) Vgl. oben S. 148 f.

2) S. oben den Text zu S. 343 N. 1—5.

3) Hierzu unten S. 349.

4) Vgl. oben S. 342 N. 5. — *Iure civili* hätte der *dominus sciens* verurteilt werden müssen, soweit nicht *unius* oder *plurium nomine* die *actio* konsumiert war. Auch hier weist also die Denegation auf Verneinung der Konsumption (vgl. oben S. 57 N. 3), zugleich übrigens auch darauf, daß die byzantinische „Solutionskonkurrenz" hier ganz fern liegt.

5) Zweifelsfreie Umkehrung der von Ulpian D. 47, 6, 3 pr. verwandten Denkform.

6) S. auch Ulpians *cum unusquisque doli sui poenam sufferat* in D. 27, 3, 15 (dazu unten § 128).

klingenden Begründung, daß er nur die Strafe für eigene Tat gebüßt habe.[1]) An dem ganzen Gedankengang ist nicht das mindeste auszusetzen.[2])

Denselben Fall wie Paulus behandelt Marcellus in D. 47, 6, 5: *Familia communis sciente altero furtum fecit: omnium nomine cum eo qui scit furti agi poterit, cum altero ad eum modum, qui edicto comprehensus est: quod ille praestiterit non totius familiae nomine, ab hoc socio partem consequeretur. et si servus communis alterius iussu damnum dederit, etiam quod praestiterit alter, si modo cum eo quoque ex lege Aquilia vel ex duodecim tabulis agi potest, repetat a socio, sicuti cum communi rei nocitum est. si ergo dumtaxat duos habuerim servos communes, cum eo, quo non ignorante factum est, agetur utriusque servi nomine, sed non amplius consequetur a socio, quam si unius nomine praestitisset: quod si cum eo, quo ignorante factum est, agere volet, duplum tantum consequetur. et videamus, an iam in socium alterius servi nomine non sit dandum iudicium, quemadmodum si omnium nomine socius decidisset: nisi forte hoc casu severius a praetore constituendum est nec servorum conscio parcendum est.*

Aber die Ausbeute ist nicht allzu groß, weil man zu der Überlieferung kein rechtes Zutrauen gewinnen kann. Wenn auch im großen ganzen (bis auf den Schluß) die einzelnen Sätze in ihrem Kern von Marcellus herrühren werden, so ist doch ihr Zusammenhang durch Überarbeiter zum Teil stark verdunkelt. Wahrscheinlich ist es dem Juristen auf den Regreß zwischen den *domini* angekommen, über den bis *praestitisset* auch unmittelbar gehandelt wird, während hinter der durch einen schlimmen Subjektwechsel signalisierten Bruchstelle (von *quod si* ab) — wohl zwecks Vorbereitung — das Verhältnis des Klägers zu den konkurrierenden *domini* zur Erörterung steht. Im Anfangssatze fällt sprachlich die Übereinstimmung mit Paulus in dem Terminus

1) Eine ähnliche Erwägung bei Paulus selbst fr. 17 pr. i. f.; dazu auch Binder 115 (vgl. unten S. 355 N. 1).

2) Völlig anders Pampaloni a. a. O. 210 ff., der das Fragment von *nec a socio* ab für tribonianisch erklärt: den *quod-si*-Satz aus indiskutablen Gründen, das Stück *nec . . . . meruit* wegen des Gegensatzes zu D. 47, 6, 5 (dazu unten S. 348). Indessen kann dieser Gegensatz schon deshalb nicht gegen die Echtheit des fr. 9 ausgemünzt werden, weil die Byzantiner selbst, wie das verfälschte (unten S. 354 f.) fr. 17 pr. zeigt, dem *sciens* einen gewissen Regreß gewährten.

omnium nomine[1]), sachlich die Abweichung auf, die in der Gewährung des Regresses an den *conscius* liegt. An ihr ist schwerlich Anstoß zu nehmen.[2]) Denn der ratio: *sui facti nomine poenam meruit* tritt die Erwägung, daß der *ignorans* nicht besser zu stehen braucht, als er (auch nach Paulus' Ansicht) im Falle seiner Erstbelangung gestellt wäre, ebenbürtig gegenüber. Auch trägt die Einschränkung des Regresses auf die *pars* dessen, was der *sciens non totius familiae nomine*, sondern *unius nomine*[3]), d. h. in Höhe der regulären Litisästimation eines *liber homo* geleistet hat, klassisches Gepräge. Sie findet ihr Gegenstück in dem bestenfalls des Gegensatzes wegen herangezogenen[4]) Fall des *servus communis iussus*[5]), in welchem der Regreß alles vom belangten unschuldigen *socius* Geleistete schlechthin[6]) umfaßt.[7]) Auf den ersten Satz kommt Marcellus sofort wieder

1) Über ihn oben S. 345 N. 10.

2) Über die früheren Harmonisierungsversuche (z. B. gl. *quod si ille* adhl. und gl. *patiatur* zu D. 9, 4, 17 pr.) vgl. Sell, Noxalrecht 203 ff. Gegen ihn mit Recht Binder 114 N. 106. S. auch oben S. 347 N. 2.

3) So unmittelbar im entsprechenden dritten Satz. S. auch oben S. 344 N. 6.

4) Nur das kann erklären, daß plötzlich an Stelle der *familia* der einzelne *servus*, an Stelle der *scientia* das *iussum*, an Stelle des Rückgriffs des schuldigen *dominus* der des unschuldigen, an Stelle des *furtum* das *damnum iniuria datum* erscheint. Die Erwähnung der Zwölf Tafeln weist dagegen wieder auf das *furtum* und vermehrt damit die Unstimmigkeiten. Wahrscheinlich ist das Stück aus anderem Zusammenhang hier eingesprengt. Es mit Pampaloni a. a. O. 211 f. den Byzantinern zuzusprechen, trage ich angesichts seines stilistisch und sachlich verständigen Aufbaues Bedenken. Gerade die Zurückhaltung des *si-modo*-Satzes steht dem dekretierenden Gesetzgeber wenig zu Gesicht. Und ob die Straflosigkeit des *servus iussus* bei Diebstahl und Sachbeschädigung von den Klassikern durchweg vertreten wurde, ist keineswegs ohne weiteres zu bejahen; s. folgende Note.

5) Charakteristisch ist die im *si-modo*-Satze liegende Einschränkung, die jedoch nicht ausreicht, um dem Marcelluszitat in D. 9, 4, 2, 1 i. f. einen bestimmteren Sinn zu geben; vgl. im übrigen zu jenem Satz oben S. 289 N. 6 a. E.

6) Darin liegt die durch *etiam quod praestiterit* ausgedrückte Steigerung. — Der Vergleich des *alterius iussu* ausgeführten Delikts mit der Beschädigung einer gemeinsamen Sache ist ansprechend und geeignet, den *arbiter* im *communi dividundo iudicium* zu verständigen; vgl. hierzu Berger, Teilungskl. 112 N. 4.

7) Entsprechend die Umkehrung in dem echten Schluß von Paul. D. 9, 4, 17 pr. (unten S. 355).

zurück, wenn er das dort allgemein Gesagte an dem Beispiel, daß die *familia* zwei Sklaven umfaßt, erprobt. Inhaltlich ist zu diesem bis *praestitisset* reichenden Teil nichts Wesentliches zu bemerken, während sprachlich das objektlose *praestare* vielleicht Bedenken wachrufen könnte[1]) und das inmitten der objektiven Stilisierung unmögliche *habuerim* am besten in *habuerint* zu emendieren wäre.[2])

Mit dem *quod-si*-Satze wendet sich Marcellus ganz wie Paulus am Schlusse zu dem entgegengesetzten Falle *ignorans* + *sciens*. Aber ehe er wie der jüngere Jurist die Frage des Rückgriffs aufwarf, war zunächst vorweg zu klären, ob die Leistung des *ignorans* überhaupt Gesamtwirkung übte. Durchaus im Einklang mit Paulus spricht er nicht von einer bestimmten *actio* des Klägers gegen den *ignorans* (*agere volet*!), sondern setzt ohne weiteres die Leistung des *duplum* voraus. Dann folgt — historisch und sachlich gleich wertvoll[3]) — der schon oben[4]) charakterisierte *videamus*-Satz, und man erwartet nun eine Antwort, die auf Befreiung des *sciens* gelautet und auf dessen Regreßhaftung übergegangen sein wird. Aber vorhanden ist davon nichts mehr, weil es die Byzantiner mit breitem Pinselstrich übermalt haben. Schon äußerlich erregen das als tribonianisch bekannte *nisi forte*[5]) und das doppelte *est* mit Gerundivum sowie die laienhaften, in einer juristisch-technischen Erörterung unangebrachten Ausdrücke *severius* und *parcere*[6]) Verdacht. Dogmatisch enthält

1) Daß es, so absolut gebraucht, häufig von Tribonian stammt, dürfte Eisele zuzugeben sein; vgl. z. B. 77, 435 f. 442. 457. 457 N. 75. 471; aber immer ist es nicht zu beanstanden: vgl. z. B. D. 47, 6, 3 pr. (*plane si emptor praestiterit*) sowie Coll. 12, 7, 7. Die Frage bedürfte der Nachprüfung.

2) So Pampaloni a. a. O. 210.

3) Pampaloni a. a. O. 211 N. 19 tilgt von *quod si* ab alles, wofür ihm der Subjektwechsel die hinreichende Grundlage abgibt! Sicher unecht erscheint ihm jedoch erst der *nisi*-Satz.

4) S. 346.

5) Vgl. z. B. Eisele, Beitr. z. röm. RGesch. 236, Seckel-Heumann *nisi* a. E.; s. ferner oben S. 159 N. 5.

6) Unverkennbar (vgl. auch Kann, Klagenmehrheit 60 N. 76) ist der Anklang an die gleichfalls angeflickte Schlußfloskel in D. 48, 5, 6 pr.: *nec propter plures actiones parcendum erit in huiusmodi crimine reo* (hierzu unten § 119), zumal auch hier die Grenzen zwischen privatem und öffentlichem Strafrecht verwischt werden. — Vgl. ferner den Schluß von D. 26, 10, 1, 5 (dazu Taubenschlag, Vormundschaftsrechtl. Studien 30 N. 15) und D. 47, 3, 1, 1 i. f. (unten S. 422 N. 11).

der Passus die Übertragung einer kriminalrechtlichen Anschauung ins Privatrecht, insofern in einem Falle, in dem lediglich die Erfüllung des formularen *damnum decidere oportere* in Rede steht, die Schonung des *dominus conscius* erwogen und, wie man es aufgefaßt hat[1]), eine *in integrum restitutio* in die Wege geleitet wird. Aber *constituere* als Ausdruck für die Erteilung der Restitution wäre höchst merkwürdig; der Verfasser hat, wie *severius* zeigt, wohl eher an strafrechtliche *cognitio extra ordinem* gedacht. Immerhin ist das *nisi-forte*-Stück bemerkenswert dadurch, daß es erkennen läßt, wogegen es sich wendet. Hätte Marcellus nicht gleich der hernach herrschenden Lehre[2]) die Befreiung des *dominus sciens* befürwortet, so wäre der Eingriff der Kompilatoren ohne jede Basis und unverständlich.

Nur zur Abrundung des hiermit gewonnenen Bildes sind kurz die Tatbestände zu berühren, in denen einer der verbrecherischen Sklaven durch Freilassung oder Veräußerung aus der *familia* des *dominus ignorans* nachträglich ausgeschieden ist. Wäre dessen Belangung *familiae = omnium nomine* den Klassikern praktisch erheblich erschienen, so hätten sie unterscheiden müssen, ob Streitbefestigung oder Veräußerung voranging; denn im ersteren Falle hätte sich durch die zivile Befreiung des Ausgeschiedenen (oder seines neuen Herrn) alles Weitere erübrigt, und nur im letzteren Falle hätte das *caput noxa sequitur* noch Fragen aufgeworfen. In Wahrheit bleibt auch hier der erstere Fall außer Betracht, und Ulpian stellt an die Spitze seiner diesbezüglichen Ausführungen (D. 47, 6, 3 pr.[3]), § 1) ohne weiteres den Grundsatz der Gesamtwirkung der ediktsgemäßen Leistung des (ursprünglichen) *dominus*.[4]) Nach Gesichtspunkten, die mit denen des Konsumptionsrechtes schlechterdings nichts gemein haben[5]), beurteilt er sodann, ob umgekehrt die Leistung des Ausgeschiedenen (oder seines Herrn) zugunsten des alten *dominus*

1) So Sell, Noxalrecht 201 N. 2. Eisele und Binder äußern sich zu der Stelle nicht.

2) S. oben S. 346.

3) Deutet die Stellung des *dumtaxat* und der *si-forte*-Satz vielleicht auf Änderungen? Daß Ulpian den Fall der *familia communis* ganz unterdrückt habe, ist kaum zu glauben.

4) Begründung: oben S. 346 N. 5.

5) Fragestellung: Marcell. D. eod. 5 i. f. (oben S. 346 N. 3).

wirke: er bejaht es[1]) für die Leistung des Käufers (*quodammodo enim hoc a venditore* [= *a familia*][2]) *praestitum est*), weil hier die *noxa* infolge Regresses[3]) oder Berücksichtigung bei der Preisbestimmung in Wahrheit auf den Verkäufer abgewälzt werde; er verneint es mangels dieser Voraussetzung für die Leistung des Legatars, des Beschenkten[4]) und des *manumissus*. So geht hier auch die im *eadem-res*-Gebiet notwendige Wechselseitigkeit der Entscheidungen[5]) in die Brüche.

β. Auf den *unus servus communis* bezieht sich Paul. D. 9, 4, 17 pr.:

Si ex duobus dominis uno sciente, altero ignorante servus deliquit, si ante cum altero qui nesciebat actum sit et noxae dediderit servum, [*iniquum est vilissimi hominis deditione alterum quoque liberari: igitur agetur et cum altero, et si quid amplius est in damni persecutione, consequetur computato pretio hominis noxae dediti. ipsi tamen inter se sic debent pensare communi dividundo iudicium, ut, si ille quo sciente fecit praestiterit, non totius partem ferat, sed partem eius, quanti servus est: sic et si alter aliquid praestiterit, eius partem fieri.*] *illud iniquum est eum, qui iussit servum facere, consequi aliquid a socio, cum ex suo delicto damnum patiatur.*

Dieses Fragment ist für manche unrichtige Auffassung verantwortlich[6]) und erst seit Eisele[7]) wohl allgemein als interpoliert aner-

1) Folge der Bejahung: *puto denegandam in venditorem actionem* (vgl. oben S. 346 N. 4).

2) S. oben S. 346 N. 5.

3) Das *maxime-si*-Stück ist sehr an seinem Platze. Nur die ungeschickten und überflüssigen Worte *ad quem nonnumquam regressus est ex hac causa* sind unecht: vgl. Seckel, *nonnumquam* (so auch P. Krüger zdSt.), *regredi* 2 a. E.; zu *regressus* allgemein Gradenwitz, Interpol. 79 ff.

4) Auffällig ist das hier (§ 1) gebrauchte *actum sit* statt des sonst durchgängigen *praestiterit*. Daß es in technischem Sinne verwandt sei, läßt weder die unmittelbare Anknüpfung an den Gedankengang des princ. noch das *quaeritur* zu. Denn hätte Ulpian an eine Streitbefestigung *legati servi nomine* usw. gedacht, so wäre *ceterorum nomine* an *alia res* und Belangbarkeit des *dominus* gar nicht zu zweifeln gewesen.

5) Vgl. oben S. 346 N. 1.

6) Vgl. z. B. Sell, Noxalrecht 200 ff., aber auch noch Ascoli 38 f.

7) 77, 469 ff.

kannt.[1]) Weil seine Beobachtung ohne Zweifel richtig ist, werden wir uns auf eine Nachlese von Argumenten beschränken können. In ihrer jetzigen Gestalt redet die Stelle von dem Verhältnis des seitens des *servus communis* durch Sachbeschädigung Verletzten zu den beiden *domini* und ferner von dem Innenverhältnis zwischen diesen. In letzterer Beziehung widerspricht sie dem in D. eod. 9 überlieferten echten Paulus, der, wie gezeigt[2]), dem *dominus sciens* jeden Regreß gegen den *ignorans* versagt hatte. In der uns in erster Linie berührenden ersteren Beziehung ist das Verhältnis zu anderen Stellen, die analoge Fälle behandeln[3]), ein solches, daß das Fragment mit ihnen, soweit sie interpoliert sind, verwandt, im übrigen unvereinbar erscheint. Während der echte Paulus (D. 9, 4, 9)[4]) bei der Konkurrenz *actio sine noxae deditione* + *actio noxalis*, Pomponius (D. eod. 7, 1)[5]) und wiederum der echte Paulus (D. eod. 4, 3)[6]) bei der vorliegenden Konkurrenz *actio noxalis* + *actio sine noxae deditione* Konsumption der letzteren Klage durch Erhebung der ersteren annehmen, setzt sich unsere Stelle mit einem einfachen *iniquum est* darüber hinweg. Indem sie eine nachträgliche Erhebung der *sine-noxa*-Klage zuläßt, schlägt sie ebenso offensichtlich die Brücke zu dem tribonianischen Schlusse des fr. 4 § 3 eod.[7]) Aber noch deutlicher als dieser stellt sie als das die Nachklage zulassende und gebietende Prinzip den Grundsatz der materiellen Befriedigung des Klägers[8]) auf, der aus allgemeinen Gründen oben[9]) bereits als kompilatorisch zu bezeichnen war.

1) Vgl. Binder 113 ff., 384 ff., 389 f., der aber 113 ff. beträchtlich radikaler ist als S. 387 N. 161 a. E., S. 389, wo er das *iniquum est* im Sinne der Empfehlung einer *in integrum restitutio* für paulinisch zu halten scheint. S. ferner P. Krüger zdSt., Beseler III 105. 2) S. 346 f.

3) Über die Analogie d. h. die Möglichkeit und Notwendigkeit, hinsichtlich der Behandlung der Konkurrenz von der einen Stelle auf die andere zu schließen, ist bei jedem der im Folgenden genannten Fragmente gehandelt worden. 4) S. 345 f. 5) S. 339 f. 6) S. 164 f.

7) Im Ergebnis ähnlich auch D. 47, 6, 5 i. f. itp. (oben S. 349 f.).

8) Allerdings ist — s. weiter im Text — ohne jede Folgerichtigkeit nur von der *noxae deditio* die Rede; wenn aber diese nicht einmal befreiend wirken soll, so kann es die bloße *litis contestatio* noch viel weniger. — Ganz fernzuhalten sind hier selbstverständlich die später (unten § 161) zu betrachtenden Fälle, in denen die *noxae deditio* einer prinzipiell eintretenden Kumulation (bei *alia res*) vorbeugt.

9) S. 162 ff., 334 f.

Zu alledem kommt eine solche Fülle von speziellen Kriterien, daß Eisele schon aus einem kleinen Teile von ihnen[1]) die Interpolation folgern zu müssen meinte, obwohl er sachlich gegen das Ergebnis der Befreiung durch *solutio* nichts einzuwenden hatte.[2]) Den Tatbestand bis *noxae dediderit servum* hält man wohl zutreffend im wesentlichen für echt, auch wenn das Fehlen von *is* und die Einschachtelung des einen *si*-Satzes in den anderen, von denen der erste im Indikativ, der zweite im Konjunktiv steht, bereits an Änderungen denken lassen. Von *iniquum est* bis *dediti* läuft alsdann eine Gedankenreihe, die in vollem Umfange kompilatorisch sein muß. Von dem Umstande, ob der Beklagte sich für die *noxae deditio* oder die Zahlung der Litisästimation entscheidet, kann für einen Klassiker der Eintritt der Konsumption niemals abhängen, weil jene Frage, die sich noch nicht einmal zur Zeit der *condemnatio* zu lösen braucht, für die *eadem res* nicht das geringste auszugeben vermag. Auch bedeutet es eine vollkommene Verkennung des Ausschließungsverhältnisses, in dem das *noxae dedere* und das *dare* der Geldsumme innerhalb der *intentio civilis* zueinander stehen, daß die Ebenbürtigkeit beider Leistungen aufgegeben[3]) und die *noxae deditio* nur dann

1) Seine Argumente werden im Folgenden als bekannt vorausgesetzt und nicht wiederholt.

2) 77, 471 f. — von seiner Anschauung aus, die sowohl „Solutionskonkurrenz" wie Nachforderungsrecht in gewissen Grenzen für klassisch hält. Daß wir in ihr nur eine begreifliche Zaghaftigkeit auf damals noch unbetretenem Boden erkennen, ergibt unsere ganze Darstellung. Binder hat sich von dieser übertriebenen Vorsicht mit Recht frei gemacht, Alibrandi hatte sie von vornherein überwunden. — Das unzutreffende Argument, mit dem sich Eisele (der die Fragmente 7 § 1 und 9 weder hier noch ebd. 427 N. 49 beachtet) des fr. 4 § 3 zu erwehren sucht, ist schon oben S. 7 N. 4 beleuchtet worden.

3) Ein Gegenstück bietet D. 21, 1, 23, 8 i. f. *et hoc—esse*: auch hier wird die Leistung der Litisästimation ohne weiteres als ein *detrimentum* gegenüber der *noxae deditio* erachtet und in ihr sogar eine *culpa* gefunden, deren Folgen der Zahlende, wie die Byzantiner sonst gern sagen, sich „imputieren" müsse. Weitere Verdachtsgründe: a) *maluerit sufferre* statt *sustulerit.* b) *humanior* (das hier bisher kaum verdächtigt wurde: H. Krüger, ZSSt. 19, 30, Seckel-Heumann h. v. 3; vgl. auch Haymann, Haftung des Verkäufers I 35 N. 1). c) Der vorangehende Passus *nec — condemnabitur* enthält eine Ausführung Ulpians, nicht mehr Referat aus Julian; mit unserem Stück wird dagegen ohne Kennzeichnung der Referatstil wieder aufgenommen. d) In den Parallelstellen D. 21, 1, 58 pr., D. 30, 70, 2, D. 47, 2, 62, 2, ja auch in der Äußerung

als zur Obligationstilgung geeignet erachtet wird, wenn, was in einem späteren Verfahren zu untersuchen ist, ihr Gegenstand den Wert der Litisästimation erreicht.[1]) Im übrigen ist eine solche Lösung höchst unpraktisch, da weder der Gläubiger, der zunächst zur Entgegennahme der *noxae deditio* gezwungen ist, noch der *sciens* weiß, ob zwischen ihnen noch eine *obligatio* besteht, die Frage der Konsumption also immer auf ein Sachverständigengutachten im zweiten Prozeß hinausläuft: und das sollte klassisch sein? Der Satzteil, der das Nachforderungsprinzip ausdrückt, *si quid amplius est in damni persecutione* ist typisch byzantinisch. *Damni persecutio* findet sich innerhalb des im VIR.[2]) beobachteten Gebietes nur hier und erinnert stark an die *actio de damno*, als welche die *actio legis Aquiliae* in Inst. 4, 6, 19 begegnet. Die Wendung *amplius est in actione* (oder *persecutione*) ist an Stellen, die die Nachklage zur Geltung bringen wollen, schon verschiedentlich als interpoliert sicher festgestellt, wozu man die später zu besprechenden Fragmente D. 44, 7, 34 pr., § 2; D. eod. 41, 1; D. 47, 8, 1 vergleichen mag.[3]) Die ganze Vorstellung, daß in einer *actio* eine geringere oder größere Summe stecke, verletzt den Grundsatz der Unteilbarkeit der klassischen *actio*[4]) von vornherein.

Gegen das Folgende, das das Regreßverhältnis abweichend von fr. 9 eod. ordnet, richten sich gleichfalls formale Bedenken. Nach dem eigenartigen *pensare* erwartet man *iudicio* und nicht *iudicium*. Der Satz *quo sciente fecit* hat kein Subjekt, das *praestiterit* kein Objekt, obwohl man ein solches gerade hier vermißt[5]); denn soll man *litis aestimationem* ergänzen, was der Sinn des Folgenden zu fordern scheint, so sieht man verwundert, daß der von den Kompilatoren

desselben Ulpian D. 21, 1, 31 pr. begegnet nirgends eine ähnliche Anschauungsweise.

1) Dem steht D. 9, 4, 31 (dazu oben S. 343 N. 5) nicht entgegen. Denn dort handelt es sich lediglich um die Auslegung der Ediktsworte über das *furtum familiae*, die nun einmal die rein quantitative Ziffer dessen, was der Kläger in einem anderen Falle bekommen würde (*consequeretur*), für maßgebend erklären. Es kommt denn auch in der von Paulus vertretenen herrschenden Meinung — ganz im Gegensatz zu der im Text verurteilten — ein Streben nach Höherbewertung der *noxae deditio* zum Ausdruck.

2) II 14. 3) S. auch D. 9, 2, 30, 1 und dazu unten S. 411.

4) S. oben S. 334, auch Levy, Priv. 142.

5) Vgl. oben S. 349 N. 1.

konstruierte Fall der Nachzahlung des *sciens* aus dem Auge verloren und nun ein Fall proponiert ist, in dem nicht der *ignorans*, sondern der *sciens* geleistet hat und nicht der Sklave *noxae* dediert, sondern die Ästimation gezahlt ist. Ebenso tatbestandswidrig sind die unbeholfenen Worte *sic et si . . . . fieri*, die die Litisästimationszahlung des *dominus ignorans* voraussetzen. — Daß der echte Schlußsatz nicht im Widerspruch, sondern im Einklang mit fr. 9 eod. steht, hat bereits Binder[1]) richtig bemerkt. Wie Paulus auf ihn gemündet ist, ist nicht mehr zu sagen, dagegen das eine sicher zu erkennen, daß er im fr. 17 pr. von dem Regreß zwischen den *domini* und von ihm ausschließlich gehandelt hat. Dafür sprechen nicht nur der erwähnte Schlußsatz und das mit unserem Fragment zusammengehörige fr. 10[2]), sondern namentlich die Worte *et noxae dediderit servum*, die den Kompilatoren zu ihrem Einschiebsel offenbar den Anlaß gegeben haben. Denn so ungeeignet diese Worte zur Einleitung einer auf die Konkurrenz bezüglichen Erörterung sind, so notwendig sind sie für die Frage, ob und in welcher Höhe in solchem Falle der *ignorans* einen Regreß hatte[3]); und daß diese Frage dem Juristen nahelag, beweist der Schluß des fr. 9, wo sie, auf das *furtum familiae* zugeschnitten, gleichfalls auftaucht. Dürften wir uns an diese Parallele auch für die Entscheidung halten, so ergäbe sich, da der *ignorans* ja auch die dem *sciens* zustehende *pars servi* manzipiert haben muß (Ulp. D. eod. 8 init.), die Versagung des Regresses, die Befreiung des *sciens* also auch gegenüber dem *ignorans*, wofern nicht etwa aus der Deteriorierung des Sklaven (fr. 10 cit.) eine Haftung abfließt. Gerade diese gänzliche Befreiung könnte die Kompilatoren gereizt und dazu bestimmt haben, mit dem *iniquum est . . . . liberari* auf den klassischen Juristen loszufahren.

Die doppelte Konkurrenz bildet schließlich den Gegenstand des Schlußsatzes von Ulp. D. 9, 4, 5 pr. Dessen Besprechung wird jedoch ebenso, wie es oben[4]) bei der einfachen Personenkonkurrenz geschehen ist, noch aufzuschieben sein, da das Schwergewicht des Fragmentes in seiner jetzigen Gestalt auf der Konkurrenz zwischen den *domini scientes* ruht.[5])

1) 115 und N. 110 daselbst.
2) Dazu Berger, Teilungsklagen 206. Vgl. ferner Lenel, Paul. Nr. 368.
3) Vgl. oben S. 330. 4) S. 312. 5) S. unten § 75.

c) Wird der delinquierende *servus* freigelassen, so kann er mit seinem Patron in Konkurrenz[1]) treten. Für den Fall, daß dieser *sciens* war, haben wir, wie oben[2]) erwähnt, keine Belege.[3]) War er *ignorans*, so hinderte in der Regel der Satz *noxa caput sequitur* den Eintritt einer Konkurrenz. Eine Ausnahme fand nach prätorischem Rechte nur dann statt, wenn der *dominus* sich des *servus* dolos entledigt hatte.[4]) Alsdann gab es neben der *actio noxalis*, die nach wie vor gegen den *dominus* gegeben wurde und in der *condemnatio* die Noxalklausel entbehrte, die gewöhnliche direkte Deliktsklage gegen den frei gewordenen Delinquenten.[5]) Daß in dieser Konkurrenz die Prozeßkonsumption befreiend wirkte, erhellt schon deduktiv aus den bisherigen Ausführungen. Grund der direkten Klage ist das Delikt des *manumissus*, Ziel dessen Bestrafung; Grund und Ziel der Klage gegen den *dominus*, die ihrer *intentio* gemäß durchaus nur als Klage *cum noxae deditione* aufzufassen ist[6]), sind genau die gleichen.[7]) Dasselbe ergibt sich aus der Behandlung der einfachen Aktionenkonkurrenz im Falle *actio noxalis* ∽ *actio sine noxae deditione* gegen den *dominus sciens*, insofern der letztere ja mit dem *servus* (*manumissus*) als ein einziger Täter angesehen wurde[8]), sowie aus der Behandlung der einfachen Personenkonkurrenz des jetzigen *dominus* und des früheren *dominus ignorans*, der *dolo malo fecerit, quo minus servus in potestate sua esset*, insofern die gegen den ersteren *dominus* zu richtende Klage *nomine servi* erhoben wird, genauer: Grund und Ziel ebenfalls aus der Tat des Sklaven schöpft.[9]) Unter den das letztere Verhältnis besprechenden Stellen ist, wie gezeigt, eine, die den Parallelismus zwischen ihm und unserem Fall mit wünschenswerter Deutlichkeit hervortreten läßt, indem sie *alienatio* und *manumissio* unterschiedslos nebeneinander erörtert: Paul. D. 9, 4, 24 und 26 pr. Es kann deshalb hier wegen dieser für die Wesenseinheit der Konkurrenzerscheinungen bedeutsamen Stelle auf die obige Darlegung[10]) verwiesen werden; wie zu erwarten, läßt sie die

1) Das ist eine doppelte Konkurrenz; s. oben S. 319 f. 2) S. 169 f.

3) Vermutungen zugunsten eines Konsumptionsverhältnisses (vgl. auch oben S. 170 N. 2) sind auf der Grundlage der gleichen Behandlung von *alienatio* und *manumissio* (vgl. D. 9, 4, 24) etwa aus D. eod. 7, 1 herzuleiten.

4) Über die *exc. doli* des *dominus* in diesem Falle, die eine Ausnahme von der Ausnahme darstellt, s. oben S. 325 f. 5) S. oben S. 169 N. 4.

6) S. 320. 7) S. 167 ff. 8) S. 171 ff. 9) S. 319 ff. 10) S. 324 ff.

litis contestatio mit dem *manumissus* für den *dominus* und umgekehrt befreiend wirken.

Dieses Ergebnis wird zweifelsfrei bestätigt durch ein Fragment, das gleichfalls Paulus zum Verfasser hat, aber in dem der Diebstahlsklage gewidmeten Buch *ad Sabinum* steht: D. 47, 2, 42, 1:

> *Interdum et manumissus et qui eum manumisit, ob furtum tenetur, si ideo manumisit, ne furti cum eo agi possit: sed si cum domino actum fuerit, ipso iure manumissum liberari Sabinus respondit, quasi decisum sit.*

Da der Delinquent durch die *manumissio* von seiner Schuld nicht frei wird, so ist das *cum eo* im Sinne von *secum* zu verstehen, wie sich solches auch anderwärts findet.[1]) Dann deutet der Finalsatz darauf, daß ein *dominus ignorans* vorausgesetzt ist, und dazu allein paßt auch das durch *si ideo manumisit, ne* . . . . erläuterte, mit dem eben[2]) Gesagten übereinstimmende *interdum*. Die so eröffnete Konkurrenz wird für den Fall: *actio* gegen den *dominus* + *actio* gegen den *manumissus* im Sinne der Prozeßkonsumption im zweiten Satze entschieden, der sowohl in seiner Korrektheit wie durch die Betonung der Art und Weise, auf die sich die Konsumption vollzieht, an Gaius erinnert. Auffallen könnte, daß der Konsumptionsmodus derartig elementar mit *ipso iure* bezeichnet wird.[3]) Denn irgendein Bedenken in dieser Beziehung konnte im Kommentar des Sabinus, der offenbar von der zivilen *actio furti nec manifesti* handelt, gar nicht bestehen. Die Erklärung gibt wohl das *quasi* am Schlusse, das, wenn es sich auch den Kompilatoren vielleicht durch seine Nebenbedeutung „weil" empfohlen haben mochte[4]), von Sabinus unzweifelhaft im Sinne von „wie wenn" gemeint ist. Dann hat Sabinus in Übereinstimmung mit den obigen Darlegungen[5]) nur betont, daß der *manumissus* durch die *litis contestatio* ebenso „ohne weiteres" d. h. nach materiellem Zivilrecht befreit werde, wie wenn der Kläger durch die Erfüllung der auf *damnum decidere* gerichteten *obligatio* befriedigt

1) Am auffälligsten in der demselben Thema dienenden Äußerung desselben Paulus in D. 9, 4, 12.

2) S. 356. 3) Vgl. oben S. 60 N. 1.

4) Darin hätten sie dann die Identifizierung des *agere* mit *solvere* angedeutet finden können. — Indessen übersetzt Dorotheos, schol. ἔσθ' ὅτε zu Bas. 60, 12, 42 (Heimb. V 484): ὡσανεί. 5) S. 51.

wäre. Also nicht auf dem *ipso iure* als solchem, sondern darauf liegt der Ton, daß die Befreiung in beiden Fällen aus dem gleichen Grunde stattfindet.

§ 34. 3. Actio de peculio gegen den dominus + actio ex stipulatu gegen den fideiussor servi.

Die Sklavenobligation im Verhältnis zur Obligation eines Freien zeigen drei Fragmente, die in den letzten Jahrzehnten wachsende Beachtung gefunden haben, ohne daß eine durchweg befriedigende Lösung ihrer nicht geringen Schwierigkeiten bisher gelungen wäre. Eigenartigerweise stammt keines von einem spätklassischen Juristen, vielmehr gehören zwei dem Kreise Julians, das dritte sogar dem Proculus an: Procul. D. 46, 3, 84:

Egisti de peculio servi nomine cum domino: non esse liberatos fideiussores eius respondit. at si idem servus ex peculio suo permissa administratione peculii nummos solvisset, liberatos esse fideiussores eius recte legisti.

African. D. 46, 3, 38, 2:

De peculio cum domino actum est: is damnatus solvit. et fideiussores pro servo acceptos liberari respondit: eandem enim pecuniam in plures causas solvi posse argumentum esse, quod, cum iudicatum solvi satisdatum est et damnatus reus solvat, non solum actione iudicati, sed etiam ex stipulatu et ipse et fideiussores liberentur. et magis simile esse, quod, cum possessor hereditatis existimans se heredem esse solverit, heres non liberetur, tunc enim propterea id evenire, quod ille suo nomine indebitam pecuniam dando repetitionem eius haberet.

Pomp. D. 44, 2, 21, 4:

Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata.

Daß die letztgenannte Stelle der ersten widerspricht, erscheint zweifellos: während das Pomponiusfragment zwischen der *actio de peculio* gegen den *dominus* und der *actio ex stipulatu* gegen den *fideiussor servi* Prozeßkonsumption annimmt, scheint Proculus diese Annahme zu verneinen. Von Julian-Afrikan setzt man überwiegend voraus, daß sie dem letzteren Standpunkt zuneigen. Wieviele und welche Vereinigungsversuche unternommen worden sind, das zu schildern, wird man uns um so eher erlassen, als Erman im

Jahre 1903 in einer mehr als 100 Seiten umfassenden, der Pomponius-Stelle ex professo gewidmeten Monographie[1]) über seine Vorgänger im einzelnen berichtet hat. Er wie die meisten neueren Schriftsteller[2]) kommen zu einer Vereinigung überhaupt nicht, sondern halten es für denkbar, daß Pomponius abweichender Ansicht gewesen sei. Interpolationsbehauptungen sind bisher m. W. nicht aufgestellt worden.[3]) Welche der beiden Ansichten aus allgemeinen Gründen vom klassischen Standpunkt aus als die näherliegende erscheint, wird gleichfalls verschieden beurteilt. Dieser Frage werden wir vorweg näherzutreten haben.

Wenden wir auf den vorliegenden Konkurrenzfall[4]) ohne Rücksicht auf die Quellenstellen unsere bisherigen Ergebnisse an, so erhellt ohne jeden Zweifel das Folgende. Die (fiktizische) *obligatio* des Gewaltunterworfenen und die adjektizische *obligatio* des Gewalthabers bilden *eadem res* im engsten Sinne; denn sie sind infolge gleicher *intentio* (*iuris civilis*)[5]) nebst gleicher *demonstratio* (in ihren zur Erklärung der *intentio* notwendigen Teilen) nicht nur inhaltlich, sondern buchstäblich völlig identisch.[6]) Die *obligatio* des Gewaltunterworfenen steht weiter auch mit der des Fidejussors in *eadem res*.[7]) Sind aber zwei Größen einer dritten gleich, so gleichen sie auch einander[8]); also[9]) herrscht zwischen der *actio de peculio* gegen den *dominus* und der *actio ex stipulatu* gegen den *fideiussor servi* gleichfalls *eadem res* und somit Konsumptionsverhältnis.

Diese Deduktion würde in der Tat keine Anfechtung zu erwarten haben, wenn mit dem Bürgen etwa der *exercitor* eines freien Magisters oder der *de peculio* belangte Vater eines *filius familias* konkurrierte. Dagegen betrachtet man — und das bildet den einzigen ernsthaften

1) Mélanges Ch. Appleton 201—304; vorher (1898) sehr abweichend in ZSSt. 19, 342—355.

2) Z. B. Bekker, Aktionen I 320 f., II 350 ff., Geib, Bürgschaftsrecht 11 N. 2, Lenel 278 N. 2, Kübler, ZSSt. 25, 439 ff., Binder 124 N. 27, 321 N. 31; anders P. Krüger, Proz. Kons. 200 f., v. Pokrowsky, ZSSt. 16, 53 N. 1, Ferrini, ZSSt. 21, 191 f.

3) Alibrandi, Ascoli und Eisele erwähnen die Stellen nicht.

4) Eine Übersicht der Stellen, die einen *fideiussor servi* aufweisen, gibt Erman, Mél. Appleton 279 N. 6. 5) Vgl. oben S. 151 N. 8.

6) S. oben S. 151 f., 238 f., 332 f. 7) Näheres oben S. 190 ff.

8) Vgl. oben S. 156 N. 5, 340 N. 4.

9) So schließt auch Bekker (s. oben N. 2).

Einwand[1]) — die Sklavenobligation vielfach mit anderen Augen, weil sie eine *obligatio naturalis*, eine solche aber durch die *litis contestatio* nicht verwundbar sei; bleibe sie somit trotz der *litis contestatio* bestehen, so müsse von der akzessorischen Obligation des Bürgen ein gleiches gelten. Die Unverletzlichkeit der *obligatio naturalis* leitet man daraus her, daß ja sogar eine der Wirkung der *litis contestatio* ausgesetzte *civilis obligatio* nach erfolgter Streitbefestigung noch in Form einer natürlichen Verbindlichkeit fortbestehe.

Daß diese Schlußfolgerung „logisch"[2]) ist, kann man zugeben; richtig ist sie aber schwerlich. Sie entfällt ohne weiteres, wenn, was eine viel Anklang findende Lehre behauptet[3]), die Klassiker eine nach der *litis contestatio* verbleibende Naturalobligation überhaupt nicht anerkannt haben. Aber auch wenn man angesichts spätklassischer Fragmente wie Pap. D. 15, 1, 50, 2, Paul. D. 12, 6, 60 pr., Ulp. D. 46, 1, 8, 3[4]) so weit nicht gehen darf[5]), so will doch jede nicht direkt belegte Konsequenz aus dem Bestehen einer *obligatio naturalis* mit äußerster Vorsicht aufgenommen sein. Ist diese doch nicht aus der lebendigen römischen Praxis organisch entwickelt, sondern das spätgeborene Kind einer hochentwickelten gelehrten Theorie.[6]) Sie ist geschaffen worden, um einzelne Erscheinungen des Wirtschaftslebens nachträglich ins System zu bringen, und nicht, um selbst Quelle neuer wirtschaftlicher oder rechtlicher Möglichkeiten zu

1) Die Ansicht Ferrinis (oben S. 359 N. 2), daß jede Sklavenbürgschaft eine Indemnitätspromission sei, ist von Erman a. a. O. 270 ff. mit Recht zurückgewiesen worden; s. auch Kübler, ZSSt. 25, 440.

2) So Erman, ZSSt. 19, 346.

3) So schon Wächter, Erörter. III (1846) 27 ff. (gegen ihn Bekker, Proz. Kons. 291 ff.) und in neuerer Zeit Girard 643, Binder 326 ff., Brini, Memor. dell'Academ. di Bologna, Sez. giur. 1, 232. 234 ff., Perozzi II 26 f., Bonfante, Riv. del dir. commerciale 12, 2, 362. Auch Rabel 454 nennt diesen Typ der Naturalobligation unter den „sicher klassischen" nicht.

4) Vgl. auch Scaev. D. 46, 1, 60; dazu unten S. 363 N. 3.

5) Insbesondere verbietet sich die Identifizierung der *obl. natur.* mit der Prozeßobligation auf *condemnari oportere*: s. namentlich D. 46, 1, 8, 3: *et civilis et naturalis subest obligatio*; dazu Bekker, Aktionen II 178 N. 9, Seckel, Festschr. f. Bekker SA. 40 N. 6; s. ferner dort 38 N. 3, 39.

6) Gradenwitz, Festschr. f. Schirmer 162 ff.; s. auch unten S. 367; zugleich aber auch ein Lieblingsgedanke der Kompilatoren: Gradenwitz a. a. O. 177 f. und sonst, Mitteis I 63 N. 3 b, Rabel 454.

werden. So sehen wir sie denn weder jemals als wahre *obligatio* anerkannt[1]) noch folgerichtig fortentwickelt.[2]) Nur wenige Konsequenzen sind allgemein akzeptiert: die Naturalobligation ist insofern erfüllbar, als die *condictio indebiti* ausgeschlossen bleibt, auch ist sie fähig, der Bürgschaftsschuld als Prinzipalobligation zu dienen.[3]) Dagegen sucht man bei vielen anderen Erscheinungen die Erinnerung an sie vergebens: die Dauer, die Vererblichkeit, die Kompensationsfähigkeit einer rechtshängigen Forderung wird anderweit und zwar in höchst dürftiger Weise zu erklären gesucht[4]), und ebensowenig hat die Fortdauer des *pignus* nach der *litis contestatio* mit seiner akzessorischen Natur oder mit einer fortdauernden *naturalis obligatio* überhaupt irgend etwas zu tun.[5]) Und da sollte die *fideiussio*

---

1) S. namentlich Ulp. D. 15, 1, 41; D. 50, 16, 10; ferner Jul. D. 46, 1, 16. 4 in der dem Fragment von Gradenwitz a. a. O. 149 gegebenen Fassung. Zutreffend Binder 328.

2) Sehr richtig Bekker, Proz. Kons. 289; vgl. auch oben S. 53 N. 3.

3) Hierzu namentlich Gradenwitz a. a. O. 164 ff., 167 ff., 177.

4) Vgl. bes. drei Stellen aus den Quästionen des Paulus: D. 50, 17, 86; eod. 87; D. 46, 2, 29 sowie Gai. D. 16, 2, 8; dazu Pernice, ZSSt. 5, 50. 52 f., Seckel a. a. O. 40 N. 4.

5) Das *pignus* ist, um Seckels (a. a. O. 26) Terminologie zu gebrauchen, genetisch, aber nicht funktionell akzessorisch. Deshalb wird die *naturalis obligatio* als Prinzipalschuld allenfalls (aber D. 20, 1, 5 pr. i. f. insoweit wohl unecht: Gradenwitz 170, Fehr, Röm. Pfandr. 81 f., Ebrard, Digestenfragmente ad formul. hypoth. 79 f. mit Literatur; s. auch Perozzi, Istit. I 66 N. 1, Mitteis, RPR. I 63 N. 3 b) bei der Frage der Entstehung, nicht aber bei der des Fortbestandes des *pignus* erwähnt. Hier kam es vielmehr lediglich auf die Auslegung der als positiv-rechtlicher Sitz des Pfandrechts geltenden Formel an, und zwar insbesondere auf die Interpretation der bei der *formula pigneraticia* und der *formula quasi Serviana* gleichen Klausel *eamque pecuniam (neque) solutam eove (neque eo) nomine satisfactum esse* (Lenel 247, 474 f.). Auf diese Klausel und nur auf sie führt bei der ersteren Klage Ulp. D. 13, 7, 11 pr., bei der letzteren Marcian D. 20, 1, 13, 4 die Fortdauer des Pfandes nach Rechtshängigkeit zurück, wobei Marcian den Gedanken an eine Akzessorietät noch ausdrücklich mit den Worten *quia suas condiciones habet hypothecaria formula* (Dig.: *actio*) zurückweist (wenig durchschlagende Interpolationsbehauptungen bei Fehr 83 und Ebrard 107 N. 55). Wie Marcian denkt auch Paulus in D. 36, 1, 61 pr., der gleichfalls deutlich auf die Formel Bezug nimmt (*verum est enim non esse solutam pecuniam*) und nur, weil das (auf die Pfandklage) *solutum non repetetur,* etwas scholastisch folgert: *remanet propter pignus naturalis obligatio*: ein wohl über das Denkvermögen der Kompilatoren hinausgehender und schon deshalb echter (ebenso Rabel 454. 497; anders Beseler

andere Wege gegangen sein und sich an die nach der *litis contestatio* verbleibende *naturalis obligatio* geheftet haben?

Warum die modernen Forscher der *fideiussio* eine solche Sonderstellung zuweisen konnten, ist leicht zu erkennen: wenn die *fideiussio* einer *naturalis obligatio* neu hinzutreten konnte, warum sollte sie nicht und warum mußte sie nicht kraft ihrer akzessorischen Natur solange bei Bestand bleiben wie ihre prinzipale Schuld? Indessen leitet diese Frage irre, und ihre Bejahung macht nichts aus. Entscheidend ist vielmehr, ob denn diese prinzipale natürliche Verbindlichkeit nach der *litis contestatio* wirklich mit demselben Inhalt bestehen bleibt und also einer Konsumption nicht zugänglich ist. Und das ist zu verneinen. Der Umstand allein, daß die Sklavenverbindlichkeit vor der *litis contestatio* ebensowenig eine eigentliche *obligatio* war, wie sie es nach diesem Zeitpunkt ist, kann nicht den Ausschlag geben. Die Gleichheit liegt hier nur in der Negation[1]), und die Fortdauer positiver Wirkungen ist damit nicht gewährleistet.[2]) Auch gegenüber einer ursprünglichen *obligatio civilis* ist die nach der *litis contestatio* zum Vorschein kommende *obligatio naturalis* doch gewiß kein *aliud*, wie man denn mit Recht lehrt[3]),

II 116, Ebrard 66 N. 67, 106) Satz, der, wie man von je empfunden hat (vgl. z. B. Dernburg, Pand. I § 290 und N. 5), den Gedanken der Akzessorietät geradezu in sein Gegenteil verkehrt. — Nur von hier aus ist Ulp. D. 20, 1, 14, 1 zu begreifen, der dort keineswegs sagt, daß das *pignus* für eine *obligatio naturalis* fortbestehe, sondern nur vergleichsweise bemerkt, daß die Gründe, die für eine Naturalobligation sprechen, und die Gründe, aus denen eine Fortdauer des *pignus* folgt, sich decken. Und nicht einmal das ist durchaus richtig (vgl. dazu unten S. 363 N. 3). Denn durch die wenngleich irrige *absolutio* im Schuldprozeß *pignus liberatur* (Tryph. D. 20, 6, 13), während in diesem Falle eine *naturalis obligatio* des Schuldners bestehen bleibt (Jul.-Paul. D. 12, 6, 60 pr.; Paul. D. eod. 28). — Die dem Text entgegengesetzte herrschende Meinung (so auch noch Levy, Sponsio 206 N. 1) ist danach nicht haltbar; teilweise Richtiges schon bei Bekker, Proz. Kons. 288 ff., Pernice, ZSSt. 5, 50 (aber 51 N. 3), Girard 643 N. 4, Geib, Bürgschaftsrecht 24, der N. 3 auf eine gute Analogie in Pomp. D. 45, 1, 90 verweist. 1) Treffend Binder 328.

2) Die *naturalis obligatio* ist ihrem Wesen nach lediglich negativ zu bestimmen als eine *obligatio* minderen Rechts. Daraus allein, daß sowohl vor wie nach der *l. c.* eine *obligatio naturalis* vorhanden ist, folgt der gleiche Umfang ihrer rechtlichen Wirkungen so wenig, wie aus dem Umstande, daß 8 und 6 weniger als 10 sind, die Identität von 8 und 6 zu erschließen ist.

3) Vgl. Bekker, Proz. Kons. 285, Eisele 77, 412, Erman, ZSSt. 19, 345 f., Seckel a. a. O. 39.

daß die ursprünglich klagbare Verbindlichkeit nunmehr als klaglose fortbesteht. Wenn nun trotz dieses Fortbestehens die *obligatio* des Fidejussors mit der des Hauptschuldners konsumiert wird, statt an der *obligatio naturalis* zu haften, so wird man von der *fideiussio* für eine bloße Naturalschuld nichts anderes erwarten dürfen: ist die Naturalobligation doch, wie gezeigt, ein bloßer Lückenbüßer und nicht widerstandsfähiger als die *obligatio civilis*. Erman[1]) freilich erachtet die Konsumption der für eine *obligatio civilis* bestellten Bürgschaft als mehr *contra* als *secundum rationem* und erklärt sie nur rein historisch daraus, daß sie lange vor Durchbildung des Rechts der Naturalobligationen feststehende Geltung gehabt habe. Damit verkennt er zunächst schon, daß die Konsumption nicht auf die Akzessorietät der Bürgschaft, sondern auf die zwischen ihr und der Hauptschuld bestehende *eadem res* zurückzuführen ist.[2]) Die mangelnde Durchbildung der Naturalobligation aber ist gerade der springende Punkt: man gelangte eben nicht so weit, daß sie der Konsumption Trotz zu bieten vermochte; die Konsumption erwies sich als die stärkere Macht.[3]) In jedem Falle ist es unerfindlich, wie man hier einen Unterschied konstruieren will, je nachdem die *in litem* deduzierte *obligatio* zivil oder natural war. Scaevola weiß in

1) ZSSt. 19, 345; dazu N. 5 daselbst.

2) Vgl. auch Binder 135, 328; s. ferner oben S. 190 ff.

3) Das ist der wirkliche Grund für die „Ausnahme", die Scaevola bei dem Versuch, mit dem Gedanken der Naturalobligation Ernst zu machen, zu statuieren gezwungen ist. Prinzipiell gilt — respondiert er in D. 46, 1, 60 auf eine weggeschnittene *quaestio* (Gradenwitz a. a. O. 169 f.) — Forthaftung des Bürgen, dessen Hauptschuld sich zur Naturalschuld abgeschwächt hat; *cum vero genere novationis transeat* (vgl. *transire* 4 d, nicht 4 e bei Seckel-Heumann) *obligatio, fideiussorem aut iure aut exceptione liberandum* (zum *liberare* s. oben S. 67 N. 2). Diese Ausnahme hat den Anstrich eines viele Fälle umfassenden Satzes, aber schon P. Krüger, Proz. Kons. 94 f. (vgl. auch Geib 24 N. 2) hat richtig bemerkt, daß sich dahinter ein anderer Fall als der der prozessualen Konsumption nicht versteckt, da nur an diesem Punkte das *genus novationis* (hierzu Gradenwitz, Festschr. für Bekker SA. 3 f.) mit dem *natura debitum* in Beziehung tritt. — Der Ausspruch Scaevolas bietet ein sehr lehrreiches Beispiel dafür, wie die spätere klassische Jurisprudenz durch Auffindung allgemeiner Beziehungen die Lehre von der Naturalobligation zu rechtfertigen und ihre geringe Tragkraft zu verbergen suchte; ein weiteres Beispiel siehe in dem S. 361 N. 5 berührten D. 20, 1, 14, 1.

D. 46, 1, 60, wo er allen Anlaß gehabt hätte, davon zu sprechen[1]), von einem solchen Unterschiede nichts. Hier wie dort beruhte der Charakter der vorprozessualen Obligation auf Umständen, die mit der Annahme einer nachprozessualen Naturalobligation schlechterdings nichts zu schaffen hatten. Alles, was man dagegen vorbringen kann, enthält eine Verwischung der unzweifelhaften Tatsache, daß die Zurückführung einerseits der Sklavenverbindlichkeit, andererseits der nachprozessualen Verbindlichkeit auf den neuen Begriff der Naturalobligation irgendwelche kausalen oder sonstigen inneren Berührungspunkte nicht aufweist.[2])

Ein anderes Fragment Pap. D. 15, 1, 50, 2, auf das man[3]) sich zugunsten der Nichtkonsumierbarkeit der *obligatio servi* oder, wie man es auch ausdrückt[4]), zugunsten einer *alia res* zwischen der Bürgenschuld und der adjektizischen Haftung des *dominus* berufen hat[5]), beweist geradezu das Gegenteil dieser Aufstellung. Die Tatsache, daß ein *fideiussor pro servo accipi potest*, und die Naturalobligation des *servus* überhaupt werden hier nicht erörtert, sondern vorausgesetzt; erörtert wird nur die andere *post actionem dictatam* erscheinende Naturalobligation und deren Verbürgbarkeit. Diese wird dem sonstigen Standpunkt der Quellen entsprechend mit ihrer Erfüllbarkeit auf eine Stufe gestellt, worauf beide Wirkungen daraus hergeleitet werden, daß *naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est.* Wer hierin eine Besonderheit der Sklavenobligation ausgedrückt findet, wird weder dem Zusammenhange noch dem *etiam* gerecht, das mit völliger Bestimmtheit gerade darauf hinweist, daß der es enthaltende Satz etwas aussagt, was „sogar“ oder „auch“ auf den Sklaven, in erster Linie aber auf

1) Denn er handelt 1. von der Weiterhaftung des Fidejussors, falls *natura debitum maneat*; 2. von der Besonderheit der durch die *litis contestatio* erwachsenden Naturalschuld (vgl. vorige Note).

2) Treffend spricht Gradenwitz, Festschrift für Schirmer 147 hier von heterogenen Elementen, die sich unter demselben Begriff zusammengefunden haben.

3) Auch Bekker, Aktionen II 351 führt es im Gegensatz zu D. 44, 2, 21, 4 an; vgl. Bekker, Proz. Kons. 288.

4) Vgl. etwa P. Krüger, Proz. Kons. 201, Erman, Mél. Appleton 301, Kübler, ZSSt. 25, 440.

5) Dagegen mit Recht Erman, ZSSt. 19, 346 N. 1, Mél. Appleton 283 N. 1.

den Normalfall der *civilis obligatio* Bezug hat. Also: die einer jeden normalen (= klagbaren) *obligatio* (insbesondere der adjektizischen *obligatio* des *dominus*) innewohnende Naturalobligation, die (nicht nur der *dominus*, sondern) auch der Sklave auf sich zu nehmen scheint[1]), wird *in litem* nicht transferiert = deduziert.[2]) Weshalb Papinian das besonders hervorhebt, leuchtet ein. An sich bleibt in der Person nur des Beklagten und keines anderen eine *naturalis obligatio* zurück[3]); da aber die honorarische *obligatio* des *dominus* in ihrem zivilen Kern von der des *servus* nicht unterscheidbar ist, so „scheint" hier außerdem der ja anders als im Wege der adjektizischen Klage gar nicht zur Erfüllung zu zwingende *servus* die Naturalobligation zu übernehmen. Weiter ist aus der korrekten Sprache des Klassikers noch ein Doppeltes abzuleiten. Die vorprozessuale *obligatio* setzt die *obligatio naturalis* zwar aus sich heraus, diese ist aber mit jener, wie gesagt[4]), ihrem Inhalt nach nicht identisch, sondern sie nimmt insofern mit der Streitbefestigung ihren Anfang (*suscipere*).[5]) Und ferner: die nach der Streitbefestigung erscheinende *obligatio naturalis* ist ihrem Wesen nach dieselbe, gleichviel ob zuvor eine zivile oder eine natürliche Verbindlichkeit bestand (*etiam*). Daraus folgt: sie ist nicht fähig, die Konsumption der vorprozessualen Verbindlichkeit zu verhindern, ja, sie setzt deren Konsumption geradezu voraus. Wie hätte *etiam* der Sklave die *naturalis obligatio* zu übernehmen nötig gehabt, wenn seine *obligatio naturalis* nach der *litis contestatio* unverändert geblieben wäre? Hätten die Gegner recht, so wäre der Vorwurf einer künstlichen und gesuchten Beweisführung dem Papinian kaum zu ersparen; denn er hätte dann unnütz den Weg über die zivile Obligation gewählt, statt kurz und bündig zu folgern: „Nach der *litis contestatio fideiussor pro servo accipi potest*, weil die ursprüngliche *naturalis obligatio* des *servus* ja fortbesteht, wie das insbesondere das Fortleben der — streng akzessorischen — vorprozessualen *fideiussio servi* beweist. Ist der Boden für den Fortbestand der *fideiussio servi* vorhanden, so ist er

1) *Videtur*, nicht etwa *potest*; auch hier wird die Möglichkeit einer *obligatio servi naturalis* als bekannt vorausgesetzt.

2) Vgl. Bekker, Aktionen II 178 N. 9.

3) Eisele 77, 413; Binder 324 ff.

4) S. 362.

5) Vgl. auch Levy, Priv. 99 N. 3.

für die Entstehung einer neuen *fideiussio* keine minder geeignete Grundlage."

Nur mit dem dargelegten Standpunkt stimmt endlich eine Erscheinung überein, die schon für sich allein beweisend ist. Wäre wirklich die *obligatio naturalis* über jede Konsumption erhaben, so müßte die *actio de peculio*, die ja in der für die Konsumption maßgebenden *intentio* nur die *obligatio* des Gewaltunterworfenen aufweist[1]), dann, wenn der Gewaltunterworfene ein *servus* ist, von Zivilrechts wegen unbeschränkt oft erhoben werden können. Daß die klassischen Quellen sowohl innerhalb der *actio de peculio* wie dort, wo sie in Konkurrenz mit einer andern Klage begegnet, das entgegengesetzte Bild zeigen, ist bekannt und oben ausführlich dargestellt worden[2]): sie kennen einen Gegensatz zwischen dem *filius familias* und dem *servus* dabei nicht und überliefern im einen wie im andern Falle zivile Konsumption. Die hiermit berührte *formula* weist aber überhaupt den geraden Weg zur Beurteilung der Konsumptionsfrage. Daß das „fingierte *dare oportere* des Sklaven" nicht unmittelbarer Gegenstand der Bürgschaftsstipulation war, hat man Bekker mit Recht entgegengehalten.[3]) Aber den richtigen Kern von Bekkers[4]) Anschauung hat das nicht berührt; denn die naturale Obligation des *servus* ist doch genau das, was in der Formel der *actio de peculio* als fiktive *obligatio civilis* erscheint und erscheinen mußte, da ein naturales *dare oportere* nicht anerkannt wurde[5]) oder zumindest zur Zeit der Schaffung der adjektizischen Klagen noch nicht anerkannt war. Um rechtshängig zu werden d. h. unseren Tatbestand (*de peculio actum est*) überhaupt erst zu begründen, mußte die Naturalschuld die Gestalt einer fiktiven Zivilschuld annehmen[6]); in dieser Gestalt aber wurde sie genau so *in litem* deduziert und konsumiert wie etwa die an sich peregrinische Diebstahlsschuld des *Dio Hermaei filius.*

Zu solchen allgemeinen Erwägungen gesellen sich spezielle, die sich an die Person des Proculus knüpfen als den Autor des Fragmentes (D. 46, 3, 84), das, wie bemerkt, ausdrücklich die Befreiung

1) Oben S. 151 f. 2) S. 150 ff., 238 ff., 337 ff.
3) Erman, ZSSt. 19, 343 ff., Mél. Appleton 276 ff.
4) Aktionen II 351. 5) Vgl. die Stellen oben S. 361 N. 1.
6) Vgl. Seckel, Festschrift für Bekker SA. 41.

der Bürgen durch die *litis contestatio* des *dominus* ablehnt. Gerade dem Proculus gegenüber läßt sich die Nichtkonsumierbarkeit der vorprozessualen Naturalobligation des *servus* am allerwenigsten behaupten. Daß Proculus (in der ersten Hälfte des ersten Jahrhunderts) die Denkform der *obligatio naturalis* überhaupt schon gekannt habe, ist ganz unwahrscheinlich[1]) und aus der Anerkennung der *fideiussio servi* noch nicht zu schließen. In jedem Falle war ihm die Naturalobligation in ihrem Typus als Reststück der konsumierten *obligatio* noch nicht geläufig. Selbst Gaius[2]) erwähnt sie nicht. Die in den Digesten erhaltenen Belege weisen mit ziemlicher Deutlichkeit auf Julian als ihren Urheber.[3]) Vor allem aber: da die hauptsächliche und ursprünglichste Wirkung der Naturalobligation in ihrer Erfüllbarkeit besteht[4]), so hätte Proculus, wäre jener Typ ihm bekannt gewesen, die Tilgbarkeit der rechtshängigen Forderung zulassen müssen auch da, wo das *liberum officium iudicis* keinen Ausweg bot: dadurch, daß Gaius[5]) bekanntlich das Gegenteil berichtet, ist die Frage schlechthin entschieden. Nur bestätigungshalber braucht daher angeführt zu werden, daß Proculus in D. 14, 5, 4, 5[6]) oder, wenn man dieses Fragment auf den *filius familias* beschränken will, doch jedenfalls in D. 15, 1, 47, 3[7]) auch positiv die prozessuale Konsumption der Sklavenobligation anerkannt hat. —

---

1) Vom *debere* des *servus* gegenüber dem *dominus* spricht bei der Behandlung der *deductio peculii* schon eine republikanische *definitio*, die bereits Servius weiter ausbaut (D. 15, 1, 9, 3; dazu Beseler II 25). Aber Servius will umgekehrt von einem *debere* des *dominus* gegenüber dem *servus* nichts wissen (D. 35, 1, 40, 3) und kennt den Begriff des *naturale debitum* noch nicht. Dieser findet sich, wie Gradenwitz, Festschrift für Schirmer 162 ff. zeigt, zuerst in dem letzterwähnten Fragment unter dem Namen des Javolen, aber auch hier bloß bei der Auslegung von *verba testamenti*, während er zu allgemeinerer Bedeutung erst unter Julian gelangt: Pernice, Labeo III 253.

2) Z. B. III 180.

3) Vgl. Paul. D. 12, 6, 60 pr. und namentlich *et hoc et Iulianus admittit eoque iure utimur* in Ulp. D. 46, 1, 8, 3; vgl. auch Pernice, ZSSt. 5, 51 N. 2, Labeo III 257 („frühestens in hadrianischer Zeit"), Bekker, Proz. Kons. 292, Erman, ZSSt. 19, 345, Seckel a. a. O. 40. Eisele 77, 413 hält diese *naturalis obligatio* für eine späte Bildung, macht aber keine genaueren Zeitangaben.

4) S. oben S. 361; vgl. auch Pernice, Labeo III 253 ff.

5) IV 114. 6) Oben S. 151 ff. 7) Oben S. 261 ff.

Nach diesen vorbereitenden Darlegungen, durch die der aus der doppelten Naturalobligation entnommene Einwand gegen das Eingreifen der Prozeßkonsumption widerlegt sein dürfte, können wir uns den oben[1]) wiedergegebenen drei Fragmenten zuwenden.

Daß Pomp. D. 44, 2, 21, 4 ein Konsumptionsverhältnis annimmt, wäre wohl, wenn man das Fragment unbefangen für sich allein und nicht stets mit Rücksicht auf die anderen beiden betrachtet hätte, niemals in Zweifel gezogen worden. Die gewaltsame Auslegung, daß Pomponius erstens *absolutio* des *dominus* voraussetze und zweitens die sog. positive Funktion der *exceptio rei iudicatae* zur Geltung bringe[2]), scheitert in beiden Teilen: die von außen an die Stelle herangetragene Tatbestandsergänzung ist unzulässig, die sog. positive Funktion der *exceptio* aber schwerlich anerkannt worden.[3]) Bleibt somit nur die negative Funktion übrig[4]), so ist, um den klassischen Text wieder herzustellen, entweder am Schlusse *vel in iudicium deducta* zu ergänzen oder *iudicata* durch *in iudicium deducta* zu ersetzen.[5]) Das ist durch Eisele[6]) erwiesen und heute wohl allgemeine Meinung. — Auf dieser Grundlage hat Erman jetzt[7]) zwei Erklärungen zur Wahl gestellt, deren eine, die auf Affolters den Quellen fremder Unterscheidung zwischen reeller und bloß logischer Identität beruht, ebenso a limine abzuweisen ist wie jene Unterscheidung selbst.[8]) Die andere geht davon aus, daß die Erwähnung der *exc. r. i. (v. i. i. d.)* an Stelle der *ipso iure*-Konsumption auffallend sei, und benutzt diese Auffälligkeit zu einer Annäherung an die angeblich *alia res* annehmende Ansicht von Proculus und Africanus: Pomponius habe auf einen *iudex*, der zwischen beiden Klagen *eadem res* als vorliegend erachtet hätte, nicht rechnen können und deshalb auf ihn durch einen etwa anders denkenden Prätor in Gestalt der eingefügten *exceptio* einen mittelbaren Druck ausüben wollen. Warum — allgemein betrachtet — der Prätor reformfreudiger gewesen sein sollte als der Judex, ist unerfindlich und nicht das einzig Seltsame

1) S. 358.

2) So P. Krüger, Proz. Kons. 200 f. und (früher: 1898) Erman, ZSSt. 19, 342 ff.; ähnlich Ferrini, ZSSt. 21, 191 f.

3) S. oben S. 124 f. 4) So ausdrücklich Binder 321.

5) Vgl. oben S. 56 N. 6. 6) ZSSt. 21, 26. 28.

7) Mél. Appleton 292 ff., namentlich 301 ff.

8) Zutreffend Kübler, ZSSt. 25, 441.

in dieser Deduktion. Entscheidend spricht gegen sie, daß als Mittel der Beeinflussung des *iudex* die *exc. r. i. v. i. i. d.* durchaus ungeeignet gewesen wäre. Sie wäre in Betracht gekommen, wenn es sich darum gehandelt hätte, den *iudex* der Nachprüfung zu überheben, ob ein *iudicium legitimum* oder *imperio continens* in Frage stehe usw., d. h. um einen Punkt, der die Notwendigkeit der *exceptio* betroffen hätte. Hier dagegen, wo es auf die Bejahung oder Leugnung von *eadem res* ankommt, ist schlechterdings nicht zu sagen, inwiefern die Einfügung der *exceptio* dem Geschworenen einen Fingerzeig hätte geben sollen; erklärt Gaius doch diese *exceptio* in IV 107 gerade deshalb für *supervacua*, weil sie (in den von Erman vorausgesetzten Judizien) in keinem Falle etwas ausrichtet, da, falls *eadem res* vorliegt, die Konsumption *ipso iure* eintritt, falls aber *eadem res* nicht gegeben ist, jegliche Wirkung der *exceptio* entfällt.[1]) — Die von Erman angerufenen Quellenzeugnisse müssen denn auch versagen. Das *quod est tutius* in D. 44, 7, 34, 1, das man mehrfach ähnlich zu erklären gesucht hat, wird schon vielfach mit Recht als Emblem anerkannt.[2]) Das Fragment des Venuleius D. 7, 9, 4 befaßt sich überhaupt nicht mit Konkurrenz oder Konsumption; es beweist auch abgesehen davon eher gegen Erman als für ihn; denn nicht von einer *exc. r. i. v. i. i. d.* ist hier die Rede, sondern von einer *exc. in factum*, die ganz anders als jene dem *iudex* eine gebundene Marschroute gab.

In Wirklichkeit braucht die *exceptio* des Pomponius nicht viel Kopfzerbrechen zu machen. Wie bereits[3]) festzustellen war, sprechen die Klassiker auch sonst in Fällen, die, an den Maßstab des Gaius angelegt, der *ipso-iure*-Konsumption Raum gegeben hätten, ohne Bedenken von der *exc. r. i. v. i. i. d.* Dieser Sprachgebrauch darf besonders wenig Verwunderung erwecken, wo der Jurist wie hier sich im Zusammenhang der *rei vindicatio* befindet[4]) und dementsprechend in den vorangehenden Fällen ständig mit der *exceptio* arbeitet. Überdies konnte die *exceptio* — ganz abgesehen vom

1) Richtig früher Erman selbst (ZSSt. 19, 324), der auch jetzt noch (Mél. Appleton 301) zugibt: *Logiquement, ce procédé ne se soutient pas.* — Vgl. etwa noch Gradenwitz, Festschrift für Bekker 22.

2) Näheres unten § 96. 3) S. 61 f.

4) Auch Lenel, Pal. II 139 überschreibt das 31. Buch des Pomponius: *de rei vindicatione?*; vgl. ebd. N. 3.

iudicium imperio continens — ohne weiteres praktisch werden, falls die der Pekuliarklage zugrunde liegende *actio directa* eine *formula in factum concepta* hatte.[1]) Wer den Sabinuskommentar des Pomponius studierte, wußte zwischen den Zeilen zu lesen, daß *excipiendum est* .... nur dort, wo es erforderlich ist.

Ein Wort erübrigt das Fragment noch. Das *actum sit* ohne ein hinzukommendes *et solutum* weist, wie an echten Stellen meistens, korrekt auf die Litiskontestation des ersten Prozesses als den wirkenden Faktor. Aber auch im zweiten Prozeß wird, wie *si postea tecum .... agatur* besagt, *lis* kontestiert. Das ist ganz gewiß keine „mit der Ipsojurekonsumption ganz unvereinbare Wendung", wie Erman früher meinte[2]); vielmehr übertrifft Pomponius hier den Gaius noch an Korrektheit. Müssen wir des Gaius (IV 107) *postea .... agi non potest* erst durch anderweite Erwägungen im Sinne eines *postea agi* (*potest, condemnari*) *non potest* verstehen lernen[3]), so zeigt Pomponius uns unmittelbar, daß die zivile Konsumption sich nicht in Denegation, sondern in Absolution äußert. —

Nach den vorausgeschickten allgemeinen Erwägungen sowohl wie nach dem zweifelsfreien Ausspruch des Pomponius erscheint es so gut wie ausgeschlossen, daß sein unmittelbarer Zeitgenosse Julian zwischen den gegen den *dominus* und den *fideiussor servi* gerichteten Klagen *eadem res* in Abrede gestellt hätte. Von einem solchen Standpunkt Julians ist auch nichts überliefert. Die oben[4]) wiedergegebene *quaestio* Afrikans (D. 46, 3, 38, 2), deren ganze Entscheidung von Julian herrührt[5]), sagt dem vorurteilslosen Leser nichts darüber. Freilich spricht sie nur von der befreienden Wirkung der Zahlung. Wenn diese Wirkung aber, wie oben ausgeführt[6]), an vielen unechten Stellen einen Gegensatz zu der Befreiung durch Litiskontestation andeutet, so ist doch in echten Fragmenten von einem solchen Gegensatz nichts zu spüren. Hier treten beide Rechtsfolgen vielmehr häufig in Parallele als die wichtigsten Erscheinungen, die die *eadem res* nach sich zieht.[7]) Im fr. 38 § 2 ist die Frage nach der Echtheit des immer wiederkehrenden *solvere* ohne Zweifel bejahend zu entscheiden. Daß der erste Satz ein *agere* enthält, will nichts verschlagen, da

1) S. oben S. 76. 2) ZSSt. 19, 351; entsprechend 350 N. 3.
3) S. oben S. 58 f. 4) S. 358.
5) Vgl. P. Krüger, Gesch. d. Qu. (2. Aufl.) 195 N. 27, Lenel, Pal. I 2 N. 1.
6) S. 162 ff. 7) S. namentlich oben S. 333 ff.

Africanus den *dominus* als Schuldner gegenüber der *actio de peculio* kürzer kaum einführen konnte und ein *damnatus reus* des folgenden Falles wegen erwünscht war. Andererseits zeugt der gesamte Inhalt sowohl des § 2 wie des ganzen Digestenfragments dafür, daß der Jurist hier ex professo *de solutionibus et liberationibus*[1]) gehandelt hat, also zur Erörterung des Einflusses der *litis contestatio* gar keinen Anlaß hatte. Endlich fehlt es im Eingang an jedem Anhalt für Interpolationsverdacht; im Gegenteil: der in mehreren kurzen Sätzen den Tatbestand bringende Anfang kehrt bei Afrikan mehrfach, z. B. in demselben Buch der Quaestionen bei D. 46, 1, 21, 2 wieder.

Von den beiden Begründungssätzen, die auf die Entscheidung folgen, gehört der letzte, der einen auf *non liberetur* mündenden Tatbestand als dem unseren *magis simile* erachtet, offenbar nicht in diesen Zusammenhang, sondern wohl in den des § 1.[2]) Um so wichtiger ist die erste Begründung, deren Worte *eandem pecuniam in plures causas solvi posse* die falsche Verwendung des Fragments großenteils verursacht haben. Man dachte an *plures causae actionum* im technischen Sinne und die daraus zu folgernde *alia res*[3]), ohne sich zu fragen, wie in unserem Konkurrenzfall verschiedene *causae actionum* zu konstruieren seien; eine Frage, die ja negativ hätte beantwortet werden müssen, da der Unterschied, ob eine *obligatio* Zivil- oder Naturalobligation[4]) ist, für die *causa obligationis* von keinem Einfluß sein kann. Ebensowenig läßt sich annehmen, daß Julian, um das Vorliegen von *alia res* aus dem Grunde a (Naturalobligation) zu rechtfertigen, ein *argumentum* b (*plures causae actionum*) gewählt haben sollte. Man sieht: mit *causa* im Sinne der *eadem causa* der Konsumptionslehre ist kein Fortkommen; *causa* muß hier etwas anderes bedeuten. Paßt das Wort nicht durchaus zu dem Ganzen, wenn man es als *Rechtsverhältnis*, *Schuldverhältnis* begreift, wie es so oft — namentlich in der Verbindung *in causam*[5]) — steht?[6])

1) So überschreibt Lenel, Pal. I 21.
2) So Mommsen und Lenel zdSt., denen beizutreten ist.
3) Ferrini, ZSSt. 21, 192; Kübler, ZSSt. 25, 440.
4) Von diesem seinem Lieblingsgedanken, in dem nach Ansicht der Gegner ja doch der maßgebende Entscheidungsgrund liegt, spricht übrigens Julian in dieser ganzen Stelle bezeichnenderweise überhaupt nicht.
5) Vgl. Seckel-Heumann 60 *causa* 4.
6) S. auch Erman, Mél. Appleton 283 N. 2.

Der positive Beweis dafür liegt in Paul. D. 46, 3, 101, 1, der einzigen Stelle, die neben der unsrigen ein *solvere in causam* aufweist[1]), sowie in Jul.-Maec. D. eod. 103, Pap. D. eod. 97 und Ulp. D. eod. 1, wo es statt *in plures causas* sogar *ex pluribus causis solvere* heißt: sie alle handeln von dem, was heute § 366 BGB. eine Leistung auf Verpflichtungen „aus mehreren Schuldverhältnissen" nennt. So erfaßt Julian, wie er anderwärts *vult ostendere non esse novum, ut duae obligationes in unius persona concurrant*[2]), in unserer Stelle das Thema *eandem pecuniam in plures causas* (= *obligationes*)[3]) *solvi posse.*[4])

Dazu stimmt das übrige. In der Regel tilgt die *solutio* bloß eine von mehreren Forderungen; sie alle trifft sie nur in gewissen später[5]) zu präzisierenden Fällen. Zu ihnen gehören bei aller sonstigen Verschiedenheit gleichmäßig die Tatbestände der *quaestio* und des *argumentum*-Satzes, in denen übereinstimmend durch die Zahlung der Judikatsschuld eine andere Schuld implicite mitbezahlt wird: im ersteren Falle — und das soll bewiesen werden — die Schuld des Sklaven[6]) (und damit selbstverständlich die Schuld der Sklavenbürgen); im letzteren Falle — und das soll beweisen — die Schuld aus der *cautio iudicatum solvi* (und damit selbstverständlich die Schuld der Kautionsbürgen).[7]) Das ist der klare Gedankengang

1) VIR. I 670, 51. 52. 2) Ulp. D. 46, 1, 5.

3) Auch in D. 46, 1, 5 (s. vorige Note) steht *ex duabus causis* = *ex duabus obligationibus*; vgl. dort *duas obligationes sustinet* sowie *ex causa accessionis, ex causa fideiussionis.*

4) Daß beide Äußerungen Julians, für die es an einem näheren Zitat fehlt, derselben Erörterung angehören, ist deshalb nicht erforderlich. Indessen haben sie sehr wahrscheinlich beide im 54. Buch der Digesten (*de solutionibus et liberationibus*) gestanden. Das Julianzitat des D. 46, 3, 38, 2 ist dem des D. eod. 103 (Lenel, Jul. Nr. 719) eng benachbart (s. Text) und stammt wie dieses aus der Nähe von D. eod. 34 (Jul. Nr. 717). Wegen Ulp. D. 46, 1, 5 s. u. S. 455 N. 5. 5) S. unten § 165.

6) Da nicht angegeben ist, daß der *dominus* bloß einen Teil gezahlt hat, hat er offenbar das Ganze gezahlt, und zwar als *damnatus*; also hat das *peculium* zur Tilgung ausgereicht.

7) Ob diese Selbstverständlichkeit im klassischen Text mit den Worten *et ipse et sponsores* (so Lenel, Pal.; Dig.: *fideiussores*) erwähnt war, mag dahinstehen. Schärfer tritt der Gegensatz *non solum .... sed etiam* jedenfalls heraus, wenn jene Worte fehlen. Sie scheinen den Gegensatz nach Glossatorenart zu verschieben oder mindestens zu verwischen. Während man bis zu ihnen lediglich an den *reus* denkt, führen sie nun den irreleitenden Ge-

Julians, der sich ausschließlich im Rahmen der Lehre von der Erfüllung bewegt und mit der Konsumptionslehre nichts zu tun hat.[1]) Von diesem Standpunkt aus ist es daher auch nicht auffallend, daß zwei Tatbestände miteinander verglichen werden, von denen im Sinne der Konsumptionsregeln der eine zweifellos *eadem res*, der andere *alia res* aufzeigt.[2]) Wo die Streitbefestigung in Frage steht, ist die Lösung stets nur im Hinblick auf die Konsumptionsgrundsätze möglich. Wo aber den Aufhebungstatbestand, wie hier, eine *solutio* bildet, kann der Gesichtspunkt der *eadem res* entscheiden, braucht es aber nicht; die Möglichkeit eines *eandem pecuniam in plures causas solvi* ist auf den Herrschaftsbereich der *eadem res* nicht beschränkt, weil sie mit dieser keine inneren Berührungspunkte hat.[3]) —

Hiermit scheidet das Afrikanfragment, das unseren Fall zwar erwähnt, aber unter anderem Gesichtspunkt als dem der Aktionenkonkurrenz erörtert, aus der Diskussion aus, und es steht dem Frag-

danken ein, daß unter den *plures causae* nicht Judikatsschuld und Kautionsschuld, sondern Hauptschuld und Bürgenschuld verstanden sein könnten. Auch ist die Gleichsetzung der Fidejussoren mit dem *reus* deshalb nicht ganz scharf, weil nach dem von Julian hier verfochtenen materiellen Satze der *reus* nur auf seine eigenen mehreren Schulden zahlt, während die Bürgen erst vermöge des hier nicht besprochenen, sondern vorausgesetzten Prinzips der *eadem res* befreit werden. — Daß die vier Worte in bekannter Manier am Schlusse ein Stück Tatbestand nachbrächten, ist allerdings nicht zu behaupten, weil die Bürgen schon in dem *satisdatum est* stecken. Aber ist es nicht merkwürdig, daß gerade das *satisdatum est* mit seinem Indikativ mitten in der indirekten Rede einen kaum überwindlichen Anstoß erregt? Zwischen beiden Anständen einen Zusammenhang zu vermuten, liegt nahe genug. Beide wären beseitigt, wenn es — mit allem Vorbehalt — etwa geheißen hätte: *argumentum esse, quod reus, cum iudicatum solvi caverit et damnatus solvat, non solum actione iudicati, sed etiam ex stipulatu liberetur.*

1) Vgl. unten § 165.

2) Die *alia res* zwischen der *actio iudicati* und der *actio* aus der *stipulatio iudicatum solvi* beruht auf der Verschiedenheit der *causae* (und nur auf ihr: es konnte deshalb sogar der Gedanke an eine Novation auftauchen: Cels.-Ulp. D. 46, 2, 8, 3); über die konkurrenzrechtliche Behandlung des Falles unten § 165. Ähnliches bei der Konkurrenz zwischen der *actio tutelae* und der *actio* aus der *cautio rem pupilli salvam fore* (Ulp. D. 46, 2, 9 pr.: dazu unten § 104) und bei der Konkurrenz zwischen der *actio de pecunia constituta* und der Hauptklage (Ulp. D. 13, 5, 18, 3: dazu unten § 165); der Schluß der letzteren Stelle *solutio ad utramque obligationem proficit* paßt zu unserer Stelle Wort für Wort.

3) Vgl. auch oben S. 189 f.

ment des Pomponius nur noch das des Proculus (D. 46, 3, 84) gegenüber — und zwar schroff widersprechend. Der Tatbestand ist genau der gleiche, die Entscheidung aber so diametral gegensätzlich, wie es nur die strikte Negative gegenüber der strikten Positive ist. Innere Gründe, aus denen Proculus abweichender Meinung hätte sein können, sehen wir nicht, zumal, wie gezeigt[1]), gerade ihm gegenüber die Idee der Naturalobligation besonders wenig verfängt. So ist denn zu behaupten, daß in dem ausschlaggebenden Satze *non esse liberatos fideiussores eius respondit* das *non* von den Byzantinern stammt. Das Odium einer solchen Behauptung darf nicht schrecken. Viele derartige Interpolationen werden als solche mehr und mehr anerkannt[2]), und vom Standpunkt der Interpolationstechnik aus ergibt sich gegen sie überhaupt kein Bedenken. Je größere Mühe der festgefügte Bau der klassischen Gedankenwelt Justinians Leuten bei ihrer Arbeit gewiß oft gemacht hat, um so willkommener mußte ihnen ein Satz sein, der sich durch bloße Verneinung ihren Wünschen anpassen ließ. Einen solchen Satz haben wir vor uns. Nehmen wir einmal an, Proculus habe in der Tat *liberatos esse* . . . . geschrieben, so mußten die Kompilatoren, denen mitten in ihrer Betätigung die neue Konstitution über die Fidejussoren (C. 8, 40, 28) zukam[3]), gemäß dem ihnen dort eingeschärften Grundsatz, daß die *litis contestatio* nicht befreie, an der ausdrücklichen Betonung des Gegenteils[4]) unter allen Umständen Anstoß nehmen und die *solutio* als befreienden Akt hervorheben. Bewirkten sie das in der Regel durch Änderung des *agere* in *solvere* oder durch Beifügung des letzteren, so waren sie hier, wo Proculus selbst ihnen im folgenden Satze die Befreiung durch Zahlung bot, dieses Verfahrens überhoben und so in der Lage, sich mit dem bloßen *non* (nebst entsprechender Änderung des Überganges zum nächsten Satze) zu begnügen; in ähnlich unauffälliger Weise, wie sie — ebenfalls im Pekuliarrechte, aber durch Tilgung eines *non* — in D. 15, 1, 30, 4 eindrangen[5]) und — gegen den gleichen

1) S. 366 f. 2) Näheres vielleicht anderwärts; s. auch ob. S. 143 N. 4.

3) Wenn sie nicht geradezu auf ihre Anregung zurückging. Über den Zusammenhang der Arbeiten der Digestenkommission mit den vom März bis September 531 erlassenen Konstitutionen unterrichten Longo, Bull. 19, 145 ff. und de Francisci, Bull. 22, 155 ff.; 23, 39 ff., 186 ff.

4) Gerade das sinnfällige *liberare* würde es unwahrscheinlich machen, daß die Kompilatoren die Stelle übersehen hätten. 5) S. oben S. 244 N. 3.

Proculus gerichtet — im Beginn von D. 15, 1, 47, 3 durch *competere* und Verdeckung des *iudicium rescissorium* den Anschein des Nichteintritts der Konsumption zu erwecken wußten.[1]) Äußere sprachliche Anzeichen sind in allen solchen Fällen der Natur der Sache nach so gut wie ausgeschlossen[2]); ihr Fehlen kann weder in Erstaunen setzen noch als Argument gegen die Interpolation dienen. Ein geringes Merkmal dieser Art ist überdies vorhanden. Das *idem* im Eingang des zweiten Satzes ist nur auf *servus* zu beziehen, in dieser Verbindung aber überflüssig und also anstößig.[3]) So macht es den *at*-Übergang im ganzen verdächtig. Proculus wird in echt klassischer Weise[4]) die befreiende Wirkung von Streitbefestigung und Zahlung gesondert erwähnt und in Parallele gestellt haben, wobei es ihm sehr wohl darauf angekommen sein mag zu zeigen, daß, während die *litis contestatio* in jedem Falle befreit, der *solutio servi* diese Wirkung nur zukommt, wenn die *administratio peculii* ihm *permissa* ist.[5]) Dieses Erfordernis beleuchtet zugleich einen Unterschied gegenüber dem von Africanus berichteten Tatbestand der Zahlung seitens des *dominus*.

IV. Aktive Personenkonkurrenz.

§ 35. Einleitung.

Nicht mit Unrecht erhebt Binder[6]) Klage darüber, daß die Lehre von der Gläubigermehrheit sich eine stiefmütterliche Behandlung habe gefallen lassen müssen. Die Grundsätze sind hier den bei der passiven Konkurrenz entwickelten zwar eng verwandt; sie bieten aber selbständige Nuancen, und ebensowenig fehlt es an besonderen Quellenbelegen. Daß die zivile Konsumption an den Begriff der *eadem res* geknüpft ist, versteht sich von selbst. Auch die Faktoren, die *eadem res* begründen, können nach den allgemeinen Regeln keine anderen sein, da, wenn die Personenmehrheit innerhalb des Konkurrenzgebietes für das Zustandekommen einer *eadem res*

1) S. oben S. 262. 2) Vgl. auch Ascoli 39, Binder 349.

3) Vgl. Eisele, Beitr. z. röm. RGesch. 238 f., Haymann, Freilassungspflicht und Reurecht 41; ein Analogon bietet das unbetonte *ipse*: hierzu Seckel-Heumann, *ipse* 5.

4) Vgl. etwa D. 14, 1, 1, 24 und dazu oben S. 333 ff.

5) Mandry, Familiengüterrecht II 95 ff. 6) 407 f.

überhaupt unwesentlich ist[1]), es auch nicht von Bedeutung sein kann, auf welcher Parteienseite sie sich zeigt. Prinzipiell ist deshalb auch bei aktiver Konkurrenz stets nach Klaggrund und nach Klagziel zu forschen. Indessen erfährt die Untersuchung, sofern die Konkurrenz eine einfache ist[2]), allgemein eine Erleichterung durch den Umstand, daß der für das Klagziel bei der Passivkonkurrenz grundlegende Gegensatz von Sachverfolgung und Strafe hier größtenteils verschwindet. Während der von mehreren Schuldnern zu leistende Schadensersatz ein einmaliger, die von ihnen zu zahlende Strafe aber eine vielfältige ist[3]), sind sowohl Ersatz wie Strafe ihrem Wesen nach grundsätzlich[4]) nur einmal zu leisten, wenn — *eadem causa* vorausgesetzt — ein einziger Schuldner mehreren Gläubigern gegenübersteht.[5]) Denn auch der Delinquent kann mehr als einmal für seine Tat nicht büßen.[6]) Die Zahl der durch seine Handlung Geschädigten wird regelmäßig[4]) ein zufälliger Faktor sein, der die Höhe der Strafe so wenig zu bestimmen d. h. eine mehrfache Bestrafung so wenig herbeizuführen vermag, wie er auf die Begehung des Delikts selbst auch nur den geringsten Einfluß zu haben braucht. Wenn der getötete Sklave im Eigentum mehrerer stand, wenn die gestohlene *vestis* einer zum Geschäftsbetriebe vereinigten Mehrzahl von *fullones* übergeben war, so kann das den Täter nicht beschweren.[7])

Wer an die allgemeine Betrachtung über das Klagziel[8]) und die bisher behandelten Konkurrenzfälle zurückdenkt, muß erkennen, daß mit dem Zurücktreten des Unterschiedes zwischen Ersatz und Strafe in der großen Mehrheit der Fälle die Frage nach dem Klagziel überhaupt ausgeschaltet wird. Nahezu unbeschränkt[4]) gilt das dort, wo ein anderes Ziel als Strafe oder Ersatz gar nicht denkbar ist, d. h. bei allen Deliktsklagen: hier ist das Ziel mehrerer Klagen schlechthin identisch. Von den anderen Aktionen ist, sofern sie auf Ersatz gehen, das gleiche zu sagen, und nur, wo Erfüllung gefordert wird, kann die Frage der Identität mehrerer *praestationes* und damit

1) S. 76 f. 2) Über die doppelte Konkurrenz s. unten S. 412.

3) S. oben S. 119 f. 4) Über eine erklärliche Abweichung unten § 78.

5) Diesen Gegensatz, der z. B. in Pomp. D. 47, 7, 6 pr., § 1 knapp und scharf zum Ausdruck kommt (unten S. 488), verkennt die Bemerkung Eiseles 77, 425 f. zu D. 13, 6, 6. 6) Genauer oben S. 141.

7) Über die charakteristische Behandlung verwickelterer Fälle unten § 45.

8) Oben S. 115 ff.

das Klagziel eine besondere Erörterung nötig machen.[1]) Abgesehen von diesem verhältnismäßig geringfügigen Gebiete hängt die befreiende Wirkung der *litis contestatio* des einen Gläubigers zu Lasten des anderen lediglich von dem Vorliegen einer *eadem causa* zwischen den konkurrierenden Klagen ab.[2]) Dieses Erfordernis ist hier überall ebenso wie bei der passiven Konkurrenz[3]) zu beurteilen.

Zum Sprachgebrauch ist auf den Terminus *occupare* hinzuweisen, der in der oft gebrauchten Wendung *occupantis melior condicio est* den Grundsatz der Prävention zum Ausdruck bringt.[4]) *Occupare* spielt auf dem Gebiet der aktiven Konkurrenz die Rolle, die bei passiver Personenkonkurrenz oder einfacher Aktionenkonkurrenz *eligere* vertritt.[5]) Das gilt auch in der Richtung, daß *occupare* für sich allein noch nicht auf zivile Konsumption hindeutet, zumal es sich unter Umständen erst mit der Erwirkung der *condemnatio* vollendet.[6]) Es bezeichnet also nur die irgendwie durchzusetzende Berechtigung auf das Ganze im Gegensatz besonders zur Kumulation und zur anteilsmäßigen Berechtigung.[7]) Wo Prozeßkonsumption die Okkupation enthält, da wird noch bisweilen besonders vermerkt, *ut posterior non sit in eo quod prior p e t i t* ⟨*cognitor*⟩[8]) oder daß dem Okkupanten die *actio* gehört, sobald *iudicium acciperetur*[9]).

§ 36. I. Rei stipulandi.

Was bei anderen Schuldverhältnissen aus ihrem Charakter und ihren speziellen Erfordernissen hergeleitet werden kann, muß bei

1) Vgl. oben S. 173 f.

2) So ausdrücklich Ulp. D. 47, 23, 3 pr.: dazu unten S. 395 f.

3) Darüber oben S. 174.

4) Fördernd Seckel *occupare* 5. — Das Schlagwort ist gut klassisch. Unter Justinians Flagge begegnet *occupare* in diesem Sinne nur ein einziges Mal (Longo 355) und hier (C. 6, 38, 4 pr.) in dem Bericht über eine klassische Streitfrage; andererseits namentlich Gai. II 215 (vgl. auch II 113). Daher geht Peters, ZSSt. 32, 254 zu weit, auch wenn er gegenüber D. 15, 1, 52 pr. recht hat (vgl. unten § 176). 5) S. oben S. 41 ff.

6) Vgl. namentlich Gai. D. 15, 1, 10 (unten § 176); wegen Ulp. D. 9, 4, 14 pr. i. f. unten § 174. — Dazu oben S. 44 N. 1.

7) Z. B. Gai. II 215 (unten § 178), Ulp. D. 47, 12, 3, 9 (unten S. 510); vgl. dazu oben S. 42 N. 6, 9; s. auch Ulp. D. 32, 11, 21 (unten § 151).

8) Paul. D. 3, 3, 32: *procurator*; vgl. indes Seckel *procurator* b) bb S. 463.

9) Pomp. D. 45, 1, 9.

der Stipulation aus ihrer im Einzelfalle angewandten konkreten Geschäftsformel ausgelegt werden. Da sie an sich nur eine Form ist, die beliebige Willenserklärungen der Parteien in sich aufzunehmen vermag, so ist es deren Sache, die Formel so zu gestalten, daß ihre auf Konsumptionsverhältnis oder Novation, Ratenberechtigung oder Kumulation gerichtete Absicht zum deutlichen Ausdruck gelangt. So tritt hier an die Stelle der Erforschung des Wesens einer Obligation die Frage der Formulierung der beiderseitigen Erklärungen. Was insbesondere nötig ist, um *rei stipulandi* erstehen zu lassen, braucht im einzelnen nicht dargelegt zu werden. Die Verweisung auf die für die passive Konkurrenz erzielten Ergebnisse[1]) genügt um so eher, als diese zum Teil auf Quellenbelegen beruhen, die in erster Linie oder allein von den *rei stipulandi* reden.[2]) Auch hier schließt die einmalige, gemeinsame Beantwortung der mehreren Fragen durch den Promittenten, bei getrennten Antworten ein *idem* oder ähnlicher Ausdruck den Gedanken an Kumulation aus, während die *eadem causa*, die in der oben[3]) gekennzeichneten *unitas actus* verkörpert wird, den Gedanken an die hier von der *voluntas* des alten Kreditors abhängige[4]) Novation fernhält. Verspricht der Schuldner demgemäß mehreren Gläubigern in einem und demselben Akte die identifizierte Sache oder Summe, so ist *eadem res* gegeben, aber noch kein Konsumptionsverhältnis. *Rei stipulandi* sind die Gläubiger erst dann, wenn sie nicht *pro rata*, sondern *in solidum* zu fordern haben. Wann das eintritt, beantwortet wiederum die Geschäftsformel, wofür gleichfalls bereits Belege beigebracht sind.[5]) Prinzipiell liegt diese Frage jedoch außerhalb der Betrachtung, da nur im Falle solidarischer Berechtigung zwischen den Gläubigern eine Konkurrenz gegeben ist. Nur das bedarf nochmals[6]) der Hervorhebung, daß jede Erörterung der Alternative „*pro rata* oder *in solidum*?“ ein wertvolles Anzeichen für *eadem res* abgibt.

Sind unter Beachtung der angedeuteten Förmlichkeiten *rei stipulandi* geschaffen, so muß, da die *actio* eines jeden ihren Grund

1) S. 175 ff.

2) Zu Inst. 3, 16 pr. s. oben S. 177, zu § 1 das. oben S. 188 f.; zu D. 45, 2, 11, 1 S. 180; zu D. eod. 2 und D. 46, 1, 5 S. 187. — Über den *solutionis causa adiectus* s. oben S. 182 N. 3.

3) S. 177 f. 4) S. z. B. Ulp. D. 46, 2; 8, 5 i. f.

5) S. 179 ff. 6) Vgl. oben S. 178 f.

in dem gleichen Vertrage, ihr Ziel in dem als identisch gekennzeichneten Objekt hat, die *litis contestatio* des einen Stipulanten den Schuldner von dem anderen befreien. Diese allgemein anerkannte, ja überdies nicht einmal von den Kompilatoren verwischte[1]) Tatsache wird durch Quellenaussprüche bestätigt, die nur kurz erläutert zu werden brauchen. Javol. D. 45, 2, 2:

Cum duo eandem pecuniam [aut promiserint aut] stipulati sunt, ipso iure [et singuli in solidum debentur et singuli debent]: ideoque petitione acceptilatione unius tota solvitur obligatio.

Das Fragment macht nur im Rahmen der Kompilation, die es an die Spitze des Titels *de duobus reis constituendis* gestellt hat, den Eindruck einer prinzipiellen Darstellung. Wie Gradenwitz[2]) bemerkt hat, hat Javolen von den *rei promittendi* überhaupt nicht gehandelt. Aber auch die *rei stipulandi pecuniam* sind, wenn man der Inskription folgt[3]), wohl nur gegensätzlich zu denjenigen, die *viam stipulantur*, erwähnt. Weil uns der nähere Zusammenhang unbekannt ist, dürfen wir die Ausdrücke nicht pressen und nicht darüber erstaunen, daß Javolen denen, die *eandem pecuniam stipulati sunt*, ohne weiteres Rechtswirkungen zuteilt, die ein Konsumptionsverhältnis voraussetzen würden. Ob das in dem bis auf *ipso iure* zerrütteten Satz ausgedrückt war, muß dahinstehen. Einige von den Rechtsfolgen werden durch die Schlußworte klargestellt: neben der *litis contestatio* erscheint, wie schon oben[4]) berührt, nicht die *solutio*, sondern die *acceptilatio* als Tilgungsgrund.

1) Hierzu Ascoli 59, Eisele 77, 425, 477; 79, 398, Binder 423 ff., Leonhard bei Pauly-Wissowa IV 888, Last, Anspruchskonkurrenz 212, 217. — Die Behauptung des Textes beschränkt sich absichtlich auf *rei stipulandi*. Denn man geht zu weit, wenn man meint (so namentlich Ascoli und Binder), daß der *litis contestatio* innerhalb der aktiven Konkurrenz ihre Rolle im justinianischen Rechte „ausnahmslos" erhalten geblieben ist. Das Gegenteil erweisen die Interpolationen in D. 39, 3, 11, 1 (unten S. 387 f.) und D. 47, 12, 6 (unten S. 398 f.). Man muß umgekehrt davon ausgehen, daß es nur auf Versehen beruhen kann, wenn die Kompilatoren eine Anzahl von Stellen, die die ihnen innerlich fremde Prozeßkonsumption aussprachen, passieren ließen.

2) Nach P. Krüger zdSt. Über eine ähnliche Tendenz der Kompilatoren in D. 45, 2, 3, 1 s. oben S. 183 ff., in D. 4, 8, 34 pr. s. unten S. 382 N. 2.

3) Vgl. Lenel, Javol. Nr. 156, der (wegen D. 8, 6, 9) auf Pomp. D. 8, 1, 17 verweist.

4) S. 187.

Ebenso kurz wie deutlich tritt die gleiche Wirkung der *litis contestatio* bei Gai. D. 45, 2, 16 hervor:

Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agit.

Duo rei stipulandi werden vorausgesetzt; *egerit* ist so unzweideutig wie an wenigen Stellen auf die *litis contestatio* zu beziehen: nur so versteht es sich, daß der *promissor* das noch ungezahlte Geld anbieten kann; *nihil agit*, weil der nicht klagende Stipulant durch die *litis contestatio* seine Gläubigerschaft eingebüßt hat. Von einer Naturalobligation verlautet nichts.[1])

Venul. D. 46, 2, 31, 1:

Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur [et quid iuris unusquisque sibi adquisierit].[2]) *fere autem convenit et uni recte solvi et unum iudicium*[3]) *petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione peremi utri⟨u⟩sque obligationem* . . . .

bespricht die Frage, ob von zwei *rei stipulandi* der eine den anderen durch Novation seiner Forderung berauben kann. Ihre Bejahung[4]) leitet er daraus her, daß nach allgemeiner Ansicht (*fere convenit*)[5]) Zahlung, Litiskontestation und Akzeptilation, die in der Person nur eines Gläubigers eintreten, gegen den anderen wirken. Die Sprache ist korrekt; die Mehrheit der Obligationen wird durch *utri⟨u⟩sque*[6]), die *eadem* oder *una res*[7]) durch *tota res* gut zum Ausdruck gebracht.

Die befreiende Wirkung der Zahlung erhellt, da D. 45, 2, 3, 1 beiseite bleibt[8]), zunächst ebenfalls aus Venul. D. 46, 2, 31, 1. Des weiteren stellt die klassisches Recht bietende Äußerung der Inst. 3, 16, 1 aktive und passive Konkurrenz gegenüber und entscheidet die erstere aus der *una res* heraus[9]) mit den Worten *alter debitum accipiendo . . . . omnium peremit obligationem*. Julian endlich in D. 46, 3, 34, 1 setzt *duo rei stipulandi* ausdrücklich voraus und führt die befreiende Wirkung der Leistung einzelner Teile des Schuldobjekts an verschiedene Gläubiger darauf zurück, daß *obligatio communis*

1) Richtig Binder 325 f.

2) Die Worte *et quid . . . . adquisierit* dürften Glossem oder Interpolation sein: so Beseler II 56. 3) Lenel, Pal.: *iudicio*.

4) Zu der Stelle im einzelnen Binder 216 ff.

5) Vgl. dazu auch Binder 218 N. 27. 6) So Beseler II 56.

7) So Inst. 3, 16. 1; s. auch oben S. 184 N. 6.

8) S. oben S. 183 ff. 9) Dazu oben S. 188 f.

efficiet, ut quod duobus solutum est, uni solutum esse videatur. Aber bezeichnend für das Übergewicht, das den Klassikern die Wirkung der *litis contestatio* gegenüber der der *solutio* hat[1]), ist es, daß auch hier die letztere in der Regel nur neben der *litis contestatio* oder aber dann behandelt wird, wenn im gegebenen Falle eine Heranziehung der *litis contestatio* nicht möglich war. Von den beiden bloß die *solutio* erwähnenden Stellen können die Institutionen, weil sie die passive Konkurrenz miterörtern, in dem, was sie verschweigen, für das klassische Recht nichts beweisen; Julian aber bespricht unter der Rubrik *de solutionibus et liberationibus*[2]) ein Problem, das nur bei der *solutio* und nicht bei der Streitbefestigung auftauchen konnte. — Ein weiterer Beleg für die befreiende Wirkung der Zahlung, Gai. D. 45, 2, 15 ist für das klassische Recht nicht zu verwerten, weil der in diesem Sinne entscheidende Schlußsatz von den Kompilatoren stammt. Das aber kann erst später dargelegt werden.[3])

§ 37. 2. Actio ex testamento.

Im Rechte des Damnationslegats bietet das Seitenstück zu der in D. 30, 8, 1[4]) besprochenen passiven die zwischen mehreren Legataren bestehende aktive Konkurrenz, wie sie Cels. D. 31, 16 darstellt:

Si Titio aut Seio, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur: si neutri dat, uterque perinde petere potest atque si ipsi soli legatum foret: nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri.

Identische *causa* beider Obligationen ist das Legat, identisches Ziel die Leistung des (nicht bezeichneten) vermachten Gegenstandes. Das durch *utri heres vellet* verstärkte *aut* verhindert nach den obigen Ausführungen[5]) den Eintritt der Anteilsberechtigung und begründet mit der Ganzberechtigung die Konkurrenz. Die *eadem res* führt zum Konsumptionsverhältnis; der Erbe wird also *dando* wie durch die *litis contestatio*[6]) des einen Legatars von dem anderen frei. Das letztere Ergebnis wird nur mittelbar dadurch ausgedrückt, daß die Legatare mit den *duo rei* (*stipulandi*) auf eine Stufe gestellt werden.[7])

1) S. oben S. 9. 186 ff.; Binder 439 geht auch hier von der Zahlung aus, von deren Einmaligkeit er die „Einmaligkeit der *litis contestatio*" ableitet.

2) S. oben S. 372 N. 4. 3) S. unten S. 502 ff. 4) S. 194. 5) S. 181 f.

6) Über die Reihenfolge beider Tatbestände s. oben S. 188 N. 1.

7) Über einen ähnlichen Fideikommißfall unten § 151.

§ 38. 3. Literalvertrag.

Paul. D. 2, 14, 9 pr.:

Si plures sint qui eandem actionem habent, unius loco habentur: ut puta plures sunt rei stipulandi vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt: unius loco numerabuntur, quia unum debitum est.[1])

Paul. D. 4, 8, 34 pr.:

Si duo rei sunt aut credendi aut debendi et unus compromiserit isque vetitus sit petere aut ne ab eo petatur: videndum est, an si alius petat vel ab alio petatur, poena committatur: idem in duobus argentariis quorum nomina simul eunt.[2])

Die erste Stelle hat den Zwangsvergleich zum Gegenstande[3]) und darf deshalb nicht, wie das früher geschah[4]), als allgemeiner Ausspruch über die aktive „Korrealität" angesehen werden: *unius loco* gelten die *plures* nur für die Abstimmung über den Vergleich, und *unum debitum* bedeutet nichts anderes als *idem debitum* = *eadem res.*[5]) In dieser Weise wird nun nicht nur das mehreren *rei stipulandi* Geschuldete bezeichnet, sondern auch die Forderungen mehrerer *argentarii* unter der Voraussetzung, daß deren *nomina simul facta sunt.* Was bedeuten diese Worte? Klar ist von vornherein, daß Paulus einen beliebigen Kausalvertrag, der wie von einem *argentarius* so auch von jedem anderen hätte geschlossen sein können, auf solche Weise nicht eingeführt und der typischen Stipulation gleichgesetzt hätte. Unter Anlehnung an die ähnliche Gleichstellung in Paul. D. 2, 14, 27 pr. hat man deshalb angenommen, daß es sich wie dort um *argentarii socii* handele, die gemäß dem *constitutum, ut solidum alter petere possit* in positivrechtlicher „Quasikorrealität"

1) Zum weiteren Verlauf der Stelle, der hier nicht in Betracht kommt, vgl. Gradenwitz, Interpolationen 58 ff., Peters, ZSSt. 32, 227 N. 1, 235 N. 2.

2) Das Weitere interessiert nicht. Die Auslegung Binders 198 f. (Literatur daselbst 199 N. 10) ist für das klassische Recht unverwendbar, weil das Fragment in seinem ursprünglichen Bestande nur von der aktiven Konkurrenz handelt: Gradenwitz, Bull. 2, 5; H. Krüger, ZSSt. 22, 219; P. Krüger zdSt.; s. auch oben S. 206 N. 1.

3) Gradenwitz, Interpolat. 59; Lenel, Pal. I 1079 setzt die Stelle unter den Titel *de pactionibus cum herede factis*, den er dem Ediktstitel *de separationibus* unterstellt; vgl. auch Lenel, Ed. 417 N. 8.

4) Z. B. Merkel 122.

5) Vgl. oben S. 184 N. 5, S. 380 N. 7; gerade entgegengesetzt wegen des (itp.) *unam actionem* am Schluß der Stelle Merkel 122.

ständen.[1]) Aber das Eigenartige des letzteren Falles liegt doch — entsprechend dem für die Passivkonkurrenz oben[2]) Ausgeführten — ausschließlich in der Erstreckung der Aktivlegitimation über den einen Vertragschließenden hinaus; er scheidet aus, wenn wie hier[3]) die mehreren *argentarii* sämtlich schon am Vertragschluß beteiligt gewesen sind.

Bleibt somit nur die Möglichkeit, an einen Vertrag zu denken, der dem Geschäftsbetrieb der Argentarien nach irgendeiner Richtung hin eigentümlich war, so liegt nichts näher als die römische *literarum obligatio*[4]), die im Bankiergewerbe „ganz gewiß die dominierende Rolle spielte".[5]) Für sie streitet auch die Ausdrucksweise des Paulus. Denn wenn auch nicht „in jedem *nomen facere* eine Bezugnahme auf den Literalkontrakt zu wittern" ist[6]), so muß doch da, wo *nomen facere* in abstracto zur Kennzeichnung eines Rechtsverhältnisses verwendet und obendrein einem *stipulari* koordiniert wird[7]), fast mit Sicherheit auf den Literalvertrag geschlossen werden. Und weiter: in dem diesen Vertrag besprechenden kurzen Abschnitt schreibt Gaius neben zweimaligem *transscriptio fit*[8]) nicht weniger als zweimal *fi(a)t nomen transscripticium.*[9]) Es spricht nichts dagegen, alle Wahrscheinlichkeit aber dafür, daß Paulus dem Gaius an Deutlichkeit nicht nachstand: daß ein beigefügtes *transscripticia* den Byzantinern zum Opfer fallen mußte, bedarf keiner Erörterung.

Abzulehnen ist der Einwand, daß eine Berechtigung oder Verpflichtung mehrerer *de eadem re* gerade *literis* nicht habe hervorgerufen werden können.[10]) Nichts ist in dieser Hinsicht überliefert.

1) So v. Salpius, Novation 97 ff., Karlowa II 726 N. 1, Binder 199 N. 10. 2) S. 218 f., bes. 219 N. 6.

3) Das beweist das *simul*. Ebenso Stephanos schol. ἔνθα zu Bas. 11, 1, 9 (Heimb. I 577): καὶ διὰ τοῦτο καὶ οἱ ἀργεντάριοι, πρὸς οὓς τις συναλλάττει, κἂν πολλοὶ ὦσιν, ἀντὶ ἑνὸς προσώπου παραλαμβάνονται, ... μόνον εἰ πρὸς ἅπαντας κοινῶς τὰ γραμματεῖα ἢ τὰ πιττάκια ὁ συναλλάττων ἐποίησεν.

4) Ebenso Savigny, Oblig.-R. I 148 ff., Brinz, Kritische Blätter IV 9 f., Keller, Institutionen 107; s. auch Stephanos (vor. N.).

5) Lenel, Sabinussystem 78; zustimmend Mitteis, ZSSt. 19, 242 N. 1.

6) Mitteis a. a. O. 233.

7) Wie etwa auch in Pomp. D. 33, 1, 1 (ebenso Mitteis, ZSSt. 32, 3).

8) III 129, 130. 9) III 128, 133.

10) So die oben N. 1 Genannten, ferner Mitteis, Individualisierung d. Obl. 59 N. 61, Binder 23 N. 54; zweifelnd Perozzi II 108 Note a. E.

Auch die Einrichtung des *codex accepti et expensi* stand nicht entgegen. Wie Seius allein, so konnten Seius und Maevius *in solidum* (oder mittels ähnlichen Zusatzes) in dem Kassabuch des Gläubigers als Schuldner eingetragen sein. Und auch dagegen, daß von den Gesamtgläubigern Seius und Maevius ein jeder (*iussu debitoris*) vermerkte, daß er nur mit dem anderen zusammen *in solidum* berechtigt sei, war technisch nichts zu erinnern.[1]) Noch weniger, wenn, wie bei *plures argentarii* im Zweifel anzunehmen ist, zwischen ihnen eine Sozietät bestand und also ein gemeinsamer Codex geführt wurde[2]): ein in diesen eingetragenes *nomen transscripticium* entstand für beide *simul* im strengsten Sinne des Wortes. Es ist auch praktisch undenkbar, daß *argentarii socii* nicht in der Lage gewesen sein sollten, eine anderweit *in solidum* begründete *obligatio* in die Literalform überzuführen.

Genau ebenso scheint die zweite Paulusstelle, die die Gesamtwirkung des Schiedsvertrages behandelt, auf Verbal- und Literalvertrag zu exemplifizieren. Es ist möglich, daß erst die nachweislich auf Verallgemeinerung ausgehenden[3]) Kompilatoren an die Stelle eines *stipulandi* das *credendi* gesetzt haben.[4]) In jedem Falle entspricht der auf die *argentarii* bezügliche Passus dem des anderen Fragmentes so auffällig, daß an der identischen Bedeutung nicht zu zweifeln ist. Das nur hier in solchem Sinne vorkommende *eunt*[5]) ist unbedenklich dem *facta sunt* gleichzusetzen[6]); vielleicht verbirgt es ebenfalls einen volleren Ausdruck, der deutlicher machte, daß die Forderungen der beiden Argentarien zugleich durch die Bücher „liefen". Unsere Auslegung würde übrigens durch die im Text folgende Distinktion *si socii sunt* nicht berührt werden; indessen ist diese wohl dem Paulus fremd.[7])

1) Man denke etwa an die heutigen Grundbuchvermerke, falls für eine Schuld mehrere auf verschiedenen Grundbuchblättern eingetragene Grundstücke haften.

2) v. Salpius 99. 3) S. oben S. 382 N. 2.

4) Die *rei credendi* begegnen sonst nur noch in Paul. D. 3, 3, 42, 5. Die Basiliken 7, 2, 34 (Heimb. I 259) sagen: ἐὰν ἐκ δύο ἐνόχων ἢ ἐπερωτώντων ἢ ἐπαγγελλομένων ἢ δύο ἀργυροπρατῶν ἅμα συγγραψαμένων . . . .

5) VIR. II 513, 31.

6) Farblos ist das συγγράφειν oben N. 4.

7) So P. Krüger zdSt., Beseler III 84; vgl. auch Binder 410 ff.

§ 39. 4. Actio depositi.

„Daß auch kausale Verträge Korrealität hervorbringen konnten, ist uns nur bei der Schuldnermehrheit bezeugt.“ Dieser Satz Binders[1]) ist, wenn man die eben behandelten Stellen vom Literalvertrag versteht, im buchstäblichen Sinne richtig. Darüber hinaus schätzt er das aus den Quellen zu gewinnende Ergebnis zu gering ein. Wendet man den oben[2]) gewonnenen Hilfssatz, daß jede bezeugte Diskussion über die Frage der Raten- oder Solidarberechtigung ein sicheres Indiz für *eadem res* bietet, auf die aktive Konkurrenz an, so kommt noch eine kleine Ernte ein.

In dem Verhältnis der mehreren Deponenten zueinander ist jene Frage zweifellos mehrfach behandelt worden. Das zeigt einmal Ulp. D. 16, 3, 1, 44. Denn wenn dieses Fragment auch von *si quidem* an in seiner jetzigen Fassung nicht dem Ulpian zuzuschreiben ist[3]), so deutet doch der Zusammenhang mit dem § 43 und der echte etwa an D. 9, 4, 19 pr. gemahnende Anfang ohne jeden Zweifel auf ein Thema der besagten Art. Weiter wird man aus dem Fortgang des Fragmentes entnehmen dürfen, daß eine Möglichkeit für den einzelnen Deponenten, *in solidum* zu klagen, unter Umständen gegeben war.[4]) Dagegen spricht nicht etwa der Schlußsatz von Flor. D. 16, 3, 17 pr., der negativ gehalten ist und deshalb nur besagt, daß mehrere Deponenten anders als mehrere Sequestranten nicht notwendig *in solidum* deponieren. Waren gegebenenfalls die Deponenten *in solidum* berechtigt, so mußte zwischen ihnen ein Konsumptionsverhältnis Platz greifen, wofern sie nur gemeinsam deponiert hatten. Das Ziel ihrer Klage war jedesmal auf Herausgabe der deponierten Sache oder (bei irregulärem Depositum) des Depots oder auf Schadensersatz gerichtet. Die zur *eadem causa* erforderliche Gemeinsamkeit des Deponierens verlangte, wie man aus den obigen Ausführungen[5]) folgern darf, keine formelle *unitas actus*, aber doch eine Gemeinsamkeit nicht nur im *consensus*, sondern auch im *tradere*,

---

1) 443. 2) S. 178 f., 378.

3) Eisele 77, 449 N. 67 (vgl. auch ZSSt. 30, 121), Binder 450, P. Krüger zdSt., Pringsheim, Kauf mit fremdem Gelde 141 N. 6; zu radikal Redenti, Arch. giur. 79, 57 N. 1, Perozzi II 107.

4) Unter welchen Umständen, kann, weil sie das Ob der Konkurrenz betreffen, hier nicht untersucht werden. Darüber vielleicht an anderem Orte.

5) S. 195.

da das *deponere* nur *re* zu vollziehen war. Zu demselben Resultat leitet der zulässige Schluß aus der Passivkonkurrenz: da die *actio depositi* Sachverfolgungsklage ist, so muß zwischen gemeinsamen Deponenten *eadem res*[1]) ebenso herrschen wie zwischen gemeinsamen Depositaren.[2])

Eines weiteren Beweises bedarf das m. E. nicht. Nur weil die äußeren Dokumente so spärlich sind, sei zur Bekräftigung im Anschluß an fr. 17 pr. cit. eine Hypothese gestattet. Wenn auch der kindliche Anfang (*licet .... attamen*) nicht klassisch ist[3]), so ergibt doch der weitere Verlauf sowie der § 1[4]), daß Florentinus zwischen dem gewöhnlichen und dem Sequester-Depositum Vergleiche zieht. Aus hier nicht weiter zu verfolgenden Gründen betont er gegensätzlich zu dem gewöhnlichen Depositum für den Sequesterfall, daß *hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse.* Hätte gegen den Sequester die gewöhnliche *actio depositi* zugestanden, so würde nach den obigen Voraussetzungen zwischen den Sequestranten ein Konsumptionsverhältnis eingetreten sein, zumal die *eadem causa*, das *unusquisque videtur deposuisse*, hier eklatant ist. Diese Lösung wäre aber offenbar unerträglich; könnte doch dann der unterlegene Sequestrant, wenn er dem obsiegenden mit der *litis contestatio* zuvorkäme, diesem die *actio* gegen den Sequester aus der Hand schlagen. Und so ist es vielleicht nicht abwegig, gerade in dieser Unzuträglichkeit den Impuls für die Einführung der speziellen *formula sequestraria*[5]) zu erblicken. Denn so weitmaschig auch die Formeln der *actio depositi* waren: als Berechtigten bezeichneten sie doch den Hinterleger schlechthin; und gerade daraus mußte, selbst wenn der unterlegene Sequestrant abgewiesen wurde, die Konsumption der *actio* des Obsiegenden resultieren. Die *actio sequestraria* dagegen, die einen ausdrücklichen Hinweis auf die *condicio depositionis*[6]) ent-

1) Nicht: Konsumptionsverhältnis. Denn die Frage der Berechtigung *in solidum* regelt sich nach anderen Grundsätzen als die der solidarischen Haftung; hier würde eine Schlußfolgerung zu Irrtümern führen.

2) Über diese oben S. 204 ff.

3) Vgl. Ferrini, Bull. 14, 216 f., Gradenwitz, ZSSt. 26, 360. — Dagegen nicht stichhaltig Arangio-Ruiz, Arch. giur. 78, 242 N. 2.

4) Auch wenn dessen Schluß verfälscht ist: Eisele, ZSSt. 11, 18, Beseler III 100.

5) Über sie Lenel 281 f. und Partsch, ZSSt. 31, 419 N. 1 (gegen Arangio-Ruiz a. a. O. 233 ff.). 6) Ulp. D. 4, 3, 9, 3.

hielt[1]) und nur den obsiegenden Deponenten legitimierte, konnte durch einen anderen, der als Deponent oder als Dritter jenes Obsiegen fälschlich behauptete, so wenig konsumiert werden wie die gewöhnliche *actio depositi* durch einen Kläger, der sich irrig als Mithinterleger ausgab. Oder, in den Termini der Konkurrenzlehre ausgedrückt: da von mehreren Sequestranten nur einer berechtigt ist, so fehlt es an einer Konkurrenz zwischen ihnen überhaupt.

§ 40. 5. Actio aquae pluviae arcendae.

Eine direkte Entscheidung der aktiven Konkurrenz ist bei zwei sachverfolgenden Klagen überliefert, die nicht aus einem Rechtsgeschäft entspringen. Daß die *actio aquae pluviae arcendae* eine solche Klage ist, dürfen wir den früheren Ausführungen[2]) entnehmen, die nur noch kurz zu ergänzen sind. Nicht weniger als vier Wege bieten sich zum Beweise, daß die mehreren Eigentümer des gefährdeten Grundstücks hinsichtlich ihrer Aktionen in *eadem res* zueinander stehen. Aus der Tatsache, daß ein auf dem *ager* des *Nus Nus* errichtetes *opus* den *ager* des Maevius und Seius einer schädigenden Einwirkung des Regenwassers aussetzt, erwächst für Maevius sowohl wie für Seius die auf *aquam arcere*, also auf Abhilfe gerichtete Zivilklage: *causa* und Ziel der Klagen des M und des S sind demnach identisch. Weiter folgt die *eadem res* daraus[3]), daß sie für die passive Konkurrenz aus selbständigen Gründen festzustellen war.[4]) Desgleichen ist sie aus dem für die aktive Konkurrenz in D. 39, 3, 6, 1; eod. 11, 1 (1. Hälfte) und eod. 11, 4 überlieferten Umstande[5]) herzuleiten, daß die Klassiker die Frage „*pro rata* oder *in solidum?*“ lebhaft erörterten.[6]) Endlich ergibt sie sich aus demselben Zeugnis, das die Entscheidung der passiven Konkurrenz enthält. In D. 39, 3, 11, 1 (2. Hälfte) sagt der von Paulus referierte Cassius:

Si unus egerit [et restitutio operis litisque aestimatio facta sit], ceterorum actionem evanescere.

1) So mit Recht Lenel a. a. O. 2) S. 272 ff.

3) Zu diesem Argument oben S. 386; vgl. auch Eisele 77, 443 sowie das *item* in D. 39, 3, 11, 1. 4) S. 273 ff.

5) Darüber oben S. 273. Insoweit sind die genannten drei Fragmente schwerlich interpoliert worden: Ferrini, Pand. 568 N. 3; s. auch Arangio-Ruiz, Bull. 21, 243 unten. 6) S. 378.

Freilich läßt Cassius scheinbar erst die Solution (Restitution + Litisästimation!) befreiend wirken, aber die Interpolation liegt auf der Hand und ist von Eisele[1]) erschöpfend dargetan worden. Der etwaige Einwand, daß die Kompilatoren auf der Aktivseite die Prozeßkonsumption nicht prinzipiell getilgt hätten, trifft nicht zu.[2]) *Evanescere* als Stichwort für die prozessuale Konsumption begegnet zwar sonst nicht; aber auch[3]) in den übrigen 7 Anwendungen von *actio evanescit*[4]) bezeichnet es stets Absolution wegen Fortfalls der *obligatio*.

§ 41. 6. Condictio furtiva.

Scaev. D. 13, 1, 18:

Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. sed altera condictione altera tollitur.

Auf die Frage, ob dem Prokurator die *condictio furtiva* zustehe, antwortet der von Scaevola herangezogene Pomponius bejahend, doch gibt er sie zugleich dem *dominus*. Die so entstehende Konkurrenz entscheidet alsdann Scaevola selbst am Schluß im Sinne eines Konsumptionsverhältnisses; denn als „tollierender" Faktor erscheint die *altera condictio*, also nichts außer ihr, und das ist nur bei Prozeßkonsumption möglich.[5]) Diese Entscheidung erfährt durch die gleichartige im Falle mehrerer Diebe[6]) noch eine Stütze. Sie erklärt sich daraus, daß die *causa* beider Kondiktionen das eine durch die wissentliche Annahme des Geldes begangene *furtum* ist und das Ziel in dem aus einem Diebstahl nur einmal zu leistenden Schadensersatz besteht. Daß *dominus* und *procurator* nicht paritätisch nebeneinander berechtigt sind, ist für die Behandlung der Konkurrenz ohne Belang.[7]) Es gehört das im Grunde zu der Vorfrage, ob eine Konkurrenzerscheinung überhaupt vorliegt und kann in diesem Zusammenhange positiv aus dem Verhältnis zwischen *dominus* und *procu-*

1) 77, 443 f. unter Zustimmung der oben S. 273 N. 6 Genannten.
2) S. oben S. 379 N. 1. 3) Vgl. oben S. 51. 4) VIR. I 115.
5) Ebenso Eisele 79, 336. 351 ff. 376.
6) S. oben S. 279 ff. und wegen der Zulässigkeit dieses Arguments S. 386.
7) Richtig Eisele 77, 426.

ratori[1]), negativ aus dem Mangel eines für eine Anteilsberechtigung erforderlichen Maßstabes hergeleitet werden.

Bei dieser Auslegung ist in Übereinstimmung mit den byzantinischen Digestenkommentatoren[2]) und im Einklang mit der neuerdings anscheinend vorwiegenden Lehre[3]) vorausgesetzt worden, daß die von Pomponius-Scaevola dem *dominus* zugesprochene *condictio* die *condictio furtiva* ist. Die Glossatoren waren darüber geteilter Ansicht[4]), doch erklärte sich die Mehrheit unter dem Eindruck von Papinians D. 47, 2, 81, 7 für die *condictio indebiti*, die auch noch die letzten gemeinrechtlichen Schriftsteller in der Klage des *dominus* ausgedrückt finden.[5]) Hätten sie recht, so läge ein Fall aktiver doppelter Konkurrenz vor. Aber man wird ihnen nicht beitreten können. Liest man die *quaestio* unbefangen und ohne Rücksicht auf andere Äußerungen, so ist schon die Fragestellung vielsagend. Hätte Scaevola bezweifeln wollen, daß durch Annahme der *nummi procuratoris* dem (ratihabierenden) *dominus* ein Diebstahl geschehen sei, hätte er also die Frage der Aktivlegitimation allgemein aufgeworfen, so würde er kaum *an ipsi* (scil. *procuratori*) *furtum fiat* gefragt haben, sondern *utrum ipsi an domino furtum fiat* oder besser *utri furtum fiat.* Anderenfalls hätte er ja, wenn er die Möglichkeit einer Verneinung seiner Frage ins Auge faßte, an einen Zustand denken müssen, bei welchem es überhaupt keinen Bestohlenen gegeben hätte. — Dem entspricht es, daß er die *condictio* des *dominus* ohne Bedenken oder Gründe einfach aus Pomponius übernimmt: *sed et me condicere.* Hält man diese Worte neben das unmittelbar voraufgehende *condicere ait ex causa furtiva*, so können sie sprachlich gar nicht anders gedeutet werden als dahin, daß dieses *condicere* wieder aufgenommen, also wiederum an die *condictio furtiva* gedacht wird. Wie es unschön gewesen wäre, das langatmige *ex causa furtiva* zu wiederholen, so

1) So entsteht eine Parallele zu dem Vertreter und Vertretenen verpflichtenden Verhältnis, wie es oben S. 292 ff. zu beobachten war; vgl. dazu auch unten S. 391.

2) Kyrillos, schol. Κυρίλλου und der Anonymos, schol. οὐ τῷ zu Bas. 60, 10, 18 (Heimb. V 444).

3) Eisele 77. 426, Binder 444, VIR. I 894, 48; 898, 5.

4) Gl. *condicere*; vgl. gl. *quoniam furtum* i. f. adhl.

5) Z. B. Vangerow, Pand. III § 625 Anm. 1 a. E., Brinz, Pand. II 524 N. 9. 546 N. 26. Merkel 120, wohl auch v. Mayr, Condictio 402 N. 6.

würde umgekehrt der Gedanke an die *condictio indebiti* einen auf sie weisenden Zusatz um so dringender gefordert haben, als Scaevola sich hier im Abschnitt *de furtis* befand.[1]) Ein derartiger Zusatz ist nicht etwa in der Bedingung *si ratum habeam quod indebitum datum sit* enthalten: sie bringt bloß den Tatbestand nach, der notwendig ist, um den *dominus* mit dem *furtum* in eine rechtliche Beziehung zu setzen. Daß der Jurist dabei die genehmigungsfähige Handlung als *indebitum datum* und nicht als Bestohlenwerden charakterisiert, bedarf einer Erläuterung nicht. — Ebensowenig sprechen die fünf Schlußworte gegen eine Konkurrenz zwischen den beiden *condictiones furtivae*. Das *altera .... altera* verträgt sich mit zwei in concreto verschiedenen (d. h. verschiedenen Klägern zustehenden) Kondiktionen derselben Gattung genau so gut wie mit zwei der Art nach verschiedenen Klagen[2]); bedürfte es eines Beweises, so würde ihn D. 46, 1, 5 i. f. liefern. Und wenn die Wendung, daß eine Klage die andere konsumiere, auf dem Gebiet der einfachen Aktionenkonkurrenz häufiger vorkommt[3]), so liegt in ihrem Gebrauch an unserer Stelle nicht ein Indiz gegen die einfache Personenkonkurrenz, sondern ein neuer Beweis dafür, daß den Römern beide Konkurrenzen nur Formen derselben Erscheinung waren, insofern ihnen auch bei der letztgenannten Konkurrenz weniger die Personen als die diesen zustehenden Aktionen zu konkurrieren schienen.[4])

Dies die Ausbeute des Scaevolafragments. Wahrscheinlich wäre auch die gemeinrechtliche Lehre zu einer abweichenden Auffassung des Fragments gar nicht gelangt, wenn nicht in einem gleich liegenden Falle Papinian (D. 47, 2, 81, 7) dem *dominus* des zahlenden Geschäftsführers die *condictio indebiti* und nur sie zuerteilte: *sed condictionem indebiti quidem Titius habebit, furtivam autem qui pecuniam dedit.*[5]) Indessen macht es keine Schwierigkeit, zwischen Papinian und seinen

1) Lenel, Scaev. Nr. 148.

2) So nehmen denn auch Eisele und Binder (s. oben S. 389 N. 3) an diesen Worten gar keinen Anstoß.

3) Vgl. die Belege bei Eisele 79, 351 ff., dessen Auslegung im einzelnen hier nicht in Frage steht.

4) S. oben S. 14 ff., woher als Parallelstelle D. 47, 10, 1, 9 herüberzunehmen ist.

5) Über den im Schlußsatz besprochenen Fall judizialer Konsumption bei passiver doppelter Konkurrenz Näheres unten § 136.

Vorgängern insoweit eine Meinungsverschiedenheit anzunehmen. Der von Papinian an die Spitze gestellte Satz: *non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio*, der die gegen die Aktivlegitimation des *dominus* zur *actio furti* (und entsprechend zur *condictio furtiva*) bestehenden Gründe mustergültig zusammenfaßt, läßt unverkennbar einen polemischen Ton mitklingen, bei dem man die Gestalten beachtenswerter Gegner auftauchen sieht. Um ihnen den Rang abzulaufen und auch seinerseits dem *dominus* einen selbständigen Schutz zu gewähren, empfiehlt Papinian alsdann mit dem Futurum *habebit* die *condictio indebiti*, deren Zuständigkeit durchaus nicht selbstverständlich war.[1]) Es ist nicht schwer, den Sinn der Divergenz sich auszumalen. Auf beiden Seiten maßgebend war der wohl auf Sabinus zurückgehende[2]) Leitsatz: *in furtiva re soli domino condictio competit* (Ulp. 18 Sab. D. 13, 1, 1). Wer aber war dieser *dominus*, wenn der *procurator suos nummos solvat*? Dem Eigentümer der gezahlten Geldstücke wurde die Eigenschaft als *dominus* seit Pomponius übereinstimmend zuerkannt. Die Aktivlegitimation des Geschäftsherrn hingegen mußte man mit Papinian verneinen, wenn man das Eigentum an den Geldstücken als ausschlaggebend erachtete, mit Pomponius und Scaevola aber bejahen, wenn man außer jenem wirtschaftlich gleichgültigen, in der Regel auch längst untergegangenen Eigentum die Tatsache der *ratihabitio* in dem Sinne in Betracht zog, daß sie im Innenverhältnis die Zahlung als von dem Geschäftsherrn bewirkt erscheinen ließ und dementsprechend diesen zum wirtschaftlich allein Bestohlenen machte. Der Schritt, den Pomponius tat, indem er dieser Innenwirkung der *ratihabitio* auch im Verhältnis zum Dieb Geltung verschaffte, war keineswegs übermäßig kühn und nicht ohne Parallelen.[3]) So gut wie gegenüber dem *interdictum unde vi* Julian die Passivlegitimation des ratihabierenden *dominus* durch die Denkform *et ipse dominus armis deiecisse videtur* ermöglichte (Ulp. D. 43, 16, 3, 10)[4]), wird Pomponius für die Aktiv-

1) Vgl. etwa Vangerow III § 625 Anm. 1 a. E.

2) Vgl. die Stellung von D. 13, 1, 1 bei Lenel, Ulp. Nr. 2591. Schulz, Sabinusfragmente erwähnt die Stelle nicht.

3) Vgl. oben S. 292 ff.; s. auch S. 389 N. 1.

4) Auch hier ohne alsbald allgemeine Zustimmung zu finden, wie Ulpians klare Ausdrucksweise in D. 43, 16, 1, 14 ergibt. Die Schulhäupter Sabinus

legitimation in unserem Falle ein *et dominus nummos dedisse videtur* verfochten haben, womit dann die Verbindung zu dem Satze des Sabinus hergestellt schien. Indes erzeugte das hier hineinspielende dingliche Moment Schwierigkeiten, die Scaevola augenscheinlich beiseite ließ, Papinian aber zum Angriff nutzte.

Jedenfalls ließ sich hierüber streiten. Was aber außer Streit stand, das war die Unmöglichkeit, zwischen der *condictio furtiva* des Prokurators und der *condictio indebiti* des Geschäftsherrn *eadem res* anzunehmen. Darin, daß die Pandektendoktrin von ihrem Standpunkt aus sich genötigt sieht, dem Scaevola eine solche *eadem res* zu subintellegieren, liegt das entscheidende Argument gegen sie. Es gibt keine Klage, deren *causa* so oft und geradezu zum Zwecke ihrer technischen Bezeichnung genannt wird, wie die *condictio furtiva.*[1]) Diese *causa* ist im klassischen Recht[2]) das *furtum* und nichts anderes. Entsprechend hat die *condictio furtiva*, so tief auch der Ausgangspunkt ihrer Entwickelung im Kondiktionenrecht wurzelt[2]), in klassischer Zeit die Natur einer wirklichen Schadensersatzklage[2]), deren Recht in vielfachen Hinsichten den allgemeinen Kondiktionengrundsätzen widerstreitet.[3]) Dagegen liegt die *causa* der *condictio indebiti* in dem Zustande des rechtlosen Habens, für dessen Bestehen die in dem *furtum* liegende Handlung gleichgültig ist, wie denn auch Papinian jede rechtliche Beziehung des Diebstahls zum Geschäftsherrn in Abrede stellt. Wenn man — wohl mehr unter dem Eindruck des justinianischen Systems als im Hinblick auf klassische Äußerungen — an eine allgemeine nahe Verwandtschaft aller Kondiktionen zueinander glaubt, so berücksichtigt man zumindest die besondere Geschichte der *condictio furtiva* nicht: zwischen ihr und den *condictiones sine causa* kann *eadem causa* so wenig bestehen wie sonst zwischen *ex delicto* und nicht *ex delicto* stammenden Aktionen.[4])

und Cassius werden dort nur für das *ratihabitionem mandato comparare* überhaupt herangezogen, nicht auch für seine Erstreckung auf das Deliktsrecht. Anders noch Kübler, R.-E. ‚Rechtsschulen‘ SA. 7 a. E.

1) S. oben S. 279 N. 6. 2) S. oben S. 279 ff.

3) Z. B. in der Regelung der Aktivlegitimation (D. 13, 1, 1) und der Passivlegitimation (D. 13, 1, 6: vgl. auch Pernice, Labeo III 233).

4) Am deutlichsten wird der Unterschied von dem Standpunkt Julians aus, nach welchem *is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit* (D. 12, 6, 33); ebenso Ulpian in D. eod. 2 pr.; dazu Pernice, Labeo III

Allein es bedarf weiterer abstrakter Gesichtspunkte nicht. Ausschlaggebend ist, daß gerade Papinian im Zusammenhang mit dem erwähnten fr. 81 § 7 bei Behandlung eines entsprechenden Falles passiver Konkurrenz in D. 47, 2, 81, 5 eine Entscheidung gibt, die nur von der Annahme einer zwischen den beiden Kondiktionen bestehenden *alia res* aus verständlich ist.[1]) Wenn dort der im Verfahren über die *condictio indebiti* durch *exceptio doli* freier gestellte Judex den Kläger zwingen soll, dem beklagten Geschäftsherrn die *condictio furtiva* gegen den *falsus procurator* = *fur* abzutreten[2]), so kann eben die *condictio furtiva* durch die *litis contestatio* über die *condictio indebiti* nicht konsumiert sein. Da der Fall Papinians in Anbetracht der Konkurrenzlage[3]) dem des Scaevola vollständig gleichläuft, so müßte man hier zwischen beiden Juristen eine Meinungsverschiedenheit annehmen, die sich aber nicht wie die vorhin angenommene historisch rechtfertigen läßt, da irgendein Anzeichen dafür, daß ein Klassiker wie Scaevola alle Kondiktionen auf *eadem causa* zurückgeführt haben könnte, vollständig fehlt.

§ 42. 7. Actio furti.

Die letzten Worte des Celsus-Ulpian-Fragments D. 13, 6, 5, 15, das uns über die passive Konkurrenz der Kommodatare belehrte[4]), gehen auf einen Fall über, in dem die Entleiher auf der Aktivseite beteiligt sind. Aus ihrer Custodiahaftung, von der Celsus zuletzt spricht, folgt unmittelbar die Aktivlegitimation zur *actio furti* gegen den Dieb der geliehenen Sache.[5]) Und so versteht es sich, wenn es ohne weiteren Übergang heißt: *et ambobus competit furti actio.* Die Betonung dieser Selbstverständlichkeit ist aber nicht Selbstzweck, sondern leitet ihrerseits zu der im fr. 7 pr. eod. behandelten, gleichfalls schon

---

245 ff., Perozzi II 20 N. 3, 209 N. 1. Näheres ferner bei Pernice a. a. O. 235 f., 258, Kipp, RE. IV 853 ff.

1) Über diesen Fall judizialer Konsumption bei passiver doppelter Konkurrenz s. unten § 135.

2) Diese Abtretung gehört in die oben S. 225 N. 3 angedeutete Kategorie.

3) Verschieden sind die Fälle nur darin, daß die mehreren Personen das eine Mal auf der Passiv-, das andere Mal auf der Aktivseite stehen; das ist aber nach keiner Richtung hin erheblich; s. oben S. 375 f. 4) S. oben S. 212 ff.

5) Seckel-Heumann, *custodia* S. 117 zu aa, cc, *fur* 1 a. E. S. 226; Schulz, ZSSt. 32, 37 ff.

berührten Frage.[1]) Dagegen scheint Ulpian selbst die Lösung der aktiven Konkurrenz nicht erwähnt zu haben, da sonst die Kompilatoren nicht genötigt gewesen wären, den Pomponius heranzuziehen.[2]) Dieser sagt in fr. 6 eod.: *ut alterutro agente alterius actio contra furem tollatur.* Es ist mißlich, daß ein solcher Ausschnitt, der nach einer Erläuterung aus seiner Inskription verlangt, in dieser Beziehung ganz im Stich läßt. Wie Lenel[3]) darlegt, weist das 5. Buch des Sabinuskommentars nichts auf, was Pomponius zu der von ihm berichteten Äußerung mutmaßlich veranlaßt haben könnte, und so müssen jene acht Worte umgekehrt noch zum Wegweiser für eine Inskriptionenberichtigung dienen. So wird man darauf verzichten zu erfahren, in welchem Rechtsverhältnis die konkurrierenden Personen des fr. 6 gestanden haben mögen.[4]) Aber es kommt darauf nicht an. Von Erheblichkeit ist das zwischen den aktiv legitimierten Personen bestehende Rechtsverhältnis nur für die Frage, ob sie auf das Ganze berechtigt sind, d. h. ob sie konkurrieren.[5]) Das bejaht Pomponius. Seiner Entscheidung der Konkurrenz ist so wenig hinzuzufügen wie nur je. Sie deckt sich vollkommen mit dem, was nach den obigen einleitenden Worten[6]) zu erwarten ist. Von einem Diebstahl eines Diebes ist die Rede: also *eadem causa* der den beiden zustehenden *actiones furti.* Ein Täter kann wegen einer Tat nur einmal bestraft werden[7]): also gleiches Ziel beider Klagen. Die *eadem res* führt zur konsumierenden Wirkung der *litis contestatio*: *alterutro agente actio .... tollatur.* Daß das Konsumptionsverhältnis gerade für die unzweifelhafteste aller Strafklagen überliefert wird, macht das kurze Fragment besonders wertvoll.

---

1) S. oben S. 215 f.

2) Gegen dieses Argument spricht kaum das Einschiebsel D. 9, 2, 4, das schon allein im princ. mehr bietet als der in der Kompilation weggebliebene Schluß von Coll. 7, 3, 1; vgl. dazu P. Krüger, Gesch. d. Qu. (2. Aufl.) 381 N. 83.

3) Pal. II 99 N. 3. 4 hält er die Inskription für falsch und möchte das Fragment nebst Pomp. 6 Sab. D. 47, 2, 9 (über § 1 s. unten § 94) in das 16. Buch versetzen, wo Pomponius von der *actio rerum amotarum* gehandelt hat.

4) Ascoli 33 f., Eisele 77, 425 f. und Binder 443 f. lassen die Kommodatare Ulpians ohne weiteres auch im Fragment des Pomponius auftreten.

5) Vgl. oben S. 21, 378; entgegengesetzt Ascoli 34, der sich die Entscheidung des Pomponius nur zu erklären weiß *sulla base della correalità del debito verso il commodante.* 6) S. 376.

7) Richtig Binder 444; wegen Eisele s. oben S. 376 N. 5.

§ 43. 8. Actiones populares.

Zwei allgemeine Äußerungen betreffen eine gewisse Gruppe unter den Strafklagen; nicht als ob die Konkurrenz für andere Strafklagen anders geregelt wäre, sondern weil bei jener Gruppe die Aktivlegitimation begreiflich ein besonderes Interesse wachruft: die *actiones populares*. Ob unter ihnen diejenigen, die die Kondemnationssumme dem Kläger zufließen lassen, grundsätzlich von den Klagen *pro populo* zu scheiden sind[1]), ist hier nicht zu untersuchen, da die im Folgenden genannten Fragmente jedenfalls nur die ersteren Klagen betreffen. In 1 ad ed. D. 47, 23, 3 pr. bemerkt Ulpian:

Sed si ex eadem causa saepius agetur, cum idem factum sit, exceptio vulgaris rei iudicatae opponitur.

Nicht nur der Inhalt des Fragments spricht ganz allgemein und nicht nur die Kompilatoren versetzen es unter die grundsätzlichen in dem Titel 47, 23 gesammelten Aussprüche, sondern Ulpian selbst beabsichtigte einen für alle *actiones populares* gültigen Satz. Das ergibt die Inskription. Wie das Edikt über das *album corruptum* den Juristen die erste Gelegenheit zu allgemeinen Bemerkungen über die Noxalklagen bot[2]), so mußte das erste Edikt des ganzen Albums *si quis ius dicenti non obtemperaverit*, da es ein populares *iudicium* verhieß, zu entsprechend prinzipieller Behandlung der Popularklagen anregen: das wird für Paulus durch fr. 2 eod., für Ulpian auch noch durch fr. 8 eod. bezeugt.[3]) — Sachlich bestätigt das Fragment unseren Standpunkt in Entscheidung und Begründung. Vollkommen korrekt wird nur die mehrfache *litis contestatio* d. h. in diesem Zusammenhange[4]) die *litis contestatio* mehrerer Kläger in Betracht gezogen (*saepius agetur*); die erste, insofern sie konsumierend wirkt, die zweite, insofern sie trotz Konsumption möglich ist, weil die Konsumption sich erst in der durch die *exceptio vulgaris r. i.* (*v. i. i. d.*)[5]) ermöglichten Absolution äußert. Mit der Erwähnung der *exceptio*

1) So Bruns, ZRG. 3, 370 ff.; Girard 1014 N. 2, Wlassak bei Pauly-Wissowa I 319 f.; anders Mommsen. ZSSt. 24, 3. 8 f. 12.

2) S. oben S. 159.

3) Vgl. auch Lenel 52 N. 1. Anders noch Pal. II 423 N. 2, wonach sich die wirkliche Beziehung der beiden Ulpianfragmente nicht ermitteln lasse.

4) Vgl. auch D. eod. 3. 1.

5) Diese Ergänzung ergibt sich aus dem Tatbestand *agetur*: vgl. Scialoja, Arch. giur. 31, 231 ff., Eisele, ZSSt. 21, 29 f.

war ein Hinweis darauf, daß *actiones in factum*[1]) nicht *ipso iure* konsumieren könnten, gewiß nicht beabsichtigt[2]), aber korrekt ist der Ausdruck hier sogar im Sinne der Unterscheidung des Gaius. Mit einer theoretisch knappen und zutreffenden Präzision, die der Ausleger nicht mehr überbieten kann, wird die Konsumption auf das Klagen *ex eadem causa* zurückgeführt. Warum nur auf sie und nicht ferner auf die Identität des Zieles? *cum idem factum sit.* Da ja nur eine, bloß eindeutig charakterisierbare (strafbare) Handlung vorliegt, so kann nur einmal gestraft werden; mit der Feststellung der *eadem causa*, die eben in dem *idem factum* liegt, ist die Feststellung der *eadem res* im ganzen vollendet. Eine ausdrücklichere Rechtfertigung des obigen Gedankenganges[3]) kann es wohl nicht geben.[4])

Ebenfalls allgemein zieht bei der Kommentierung des Schiedseidsediktes Paulus die Popularklagen in D. 12, 2, 30, 3 heran:

In popularibus actionibus iusiurandum exactum ita demum adversus alios proderit, si bona fide exactum fuerit: nam et si quis egerit, ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum sit.

Wie in D. eod. 28, 4[5]), so vergleicht er auch hier die *exceptio iurisiurandi*, um die es dem Juristen zu tun ist, hinsichtlich des Umfanges ihrer Rechtswirkung mit der Wirkung, die in den gleichen Fällen eine *litis contestatio* gehabt hätte.[6]) Wirkungen sollen beide Male nur eintreten, wenn der Kläger mit dem Beklagten nicht *per collusionem* zusammengearbeitet hat. Die Ausdrucksweise ist wiederum sorgfältig. Der Eid verursacht keine Konsumption, sondern „nützt" nur durch das Mittel der Einrede *adversus alios*; im Falle der Litiskontestation dagegen, die in beiden Bedingungssätzen durch *agere* zum deutlichen Ausdruck gelangt[7]), spricht Paulus technisch vom *consumere* der *actio publica.*[8]) Auch hier stehen also — und zwar

1) Um solche handelt es sich nur: s. oben S. 66 N. 3.

2) S. oben S. 66. 3) S. 376 f.

4) Trotzdem wird die Stelle von Eisele und Binder nicht beachtet.

5) S. dazu oben S. 102 ff. 6) Vgl. Levy, Priv. 32.

7) Vgl. auch Wlassak, ZSSt. 33. 94.

8) Vgl. dazu oben S. 66. — Wenn Mommsen, ZSSt. 24, 3 N. 3 die *publica actio* als „staatliches Forderungsrecht" der *popularis actio* als der „Klaganstellung des einzelnen Bürgers" gegenüberstellt, so scheitert das daran, daß *actio* nicht das eine Mal Forderungsrecht, das andere Mal Klaganstellung ist. Jene beiden Ausdrücke sind sicherlich identisch; so auch Wlassak bei Pauly-Wissowa I 318.

ohne Zweifel aus dem im Ulpianfragment angegebenen Grunde — mehrere Kläger im Konsumptionsverhältnis. Nur die Einschränkung *si non per collusionem actum sit* bedarf noch einer Erklärung.[1]) Von unserem Grundsatz aus, daß außer der *eadem res* zur Konsumption nichts erforderlich ist, muß diese Ausnahme auf den ersten Blick Verwunderung erwecken: hätte man doch im Falle der Kollusion eher eine *in integrum restitutio* gegen die Konsumption erwartet. Indessen versteht sich die Verneinung der Konsumption aus der Eigenart der Popularklagen. Es mag dahinstehen, ob bei unseren „eigentlichen"[2]) Popularklagen der Kläger als ein wirklicher „Prokurator" des *populus* anzusprechen ist.[3]) Keineswegs kommt man um den Gedanken herum, daß auch bei ihnen der Kläger zumindest „eine gewisse Ähnlichkeit"[4]) mit einem Prokurator hat; denn sein Recht zum Klagen leitet er ausschließlich aus dem Recht des Staates, dessen Bürger er ist, her. Als einen solchen Quasi-Prokurator erachtet die Jurisprudenz aber offenbar und mit gutem Grunde nur den, der ernstlich den Willen hat, die dem Täter gebührende Strafe zu vollstrecken, und nicht den, der unter dem Schein einer Vollstreckung nur damit umgeht, ihn dem Arm der Gerechtigkeit zu entziehen. Einem Kläger der letzteren Art wird ohne Zweifel die *actio* denegiert; hat er sich aber die *litis contestatio* erschlichen, so wird es so angesehen, wie wenn sonst ein Pseudogläubiger *litem* kontestiert hat. Steht einem solchen die Klage nicht zu und ergeht daher das von ihm erwirkte Urteil objektiv zu Unrecht, so berührt das den wahren Gläubiger nirgends.[5]) Nichts als diesen Satz spricht Paulus hier aus: dem kolludierenden Kläger steht materiellrechtlich die Popularklage nicht zu, da die Jurisprudenz ihn als einen *qui agere volet*[6]) nicht anerkennt. Folglich fehlt es an einer Konkurrenz zwischen ihm und dem wirklichen Klagberechtigten und somit an einer Grundlage für die Konsumption. Die Einschränkung des Paulus betrifft

1) Ähnlich in D. 43, 29, 3, 13, einem Fragment, in dem freilich nicht nur der Schlußsatz (vgl. Beseler I 8) unecht sein wird.

2) Bruns ZRG. 3, 405 ff.; dagegen Mommsen, ZSSt. 24, 3.

3) So Mommsen a. a. O.; anders Bruns a. a. O. 379 ff.

4) Bruns a. a. O. 380 f.; noch deutlicher Wlassak bei Pauly-Wissowa I 319. 5) Vgl. auch oben S. 387.

6) Das ist der technische Ausdruck: vgl. D. 47, 12, 3 pr. und allgemein Mommsen, ZSSt. 24, 2 N. 4, 8 N. 4.

also nicht die Behandlung der Konkurrenz, sondern bloß ihre Voraussetzungen, nicht ihr Wie, sondern ihr Ob. Nur deshalb mußte hier darauf eingegangen werden, weil die Ausdrucksweise des Textes leicht zu Mißverständnissen Anlaß gibt.

Den allgemeinen Quellenäußerungen reihen sich einige an, die die *actio de sepulchro violato* betreffen. Diese *actio* ist im eminenten Sinne nur eventuell popular[1]), weil das Edikt hier den sonst durch Auslegung[2]) gewonnenen Satz, daß in erster Linie der Interessent und bloß mangels eines solchen ein jeder Dritter aktiv legitimiert ist, positiv kundgibt.[3]) Daher war hier die Gelegenheit besonders geeignet, um die Konkurrenz zwischen dem konkret bestimmten Interessenten und dem beliebigen Dritten kurz zu beleuchten.[4]) Dieser Aufgabe unterzieht sich Julian in D. 47, 12, 6. Nachdem er zuerst vom Interessenten geredet hat, fährt er fort:

> *Quo cessante si alius egerit, quamvis rei publicae causa afuerit dominus, non debebit ex integro [adversus eum, qui litis aestimationem sustulerit,] dari.*

Hier müssen die Worte *adversus eum .... sustulerit* von vornherein stark auffallen. Indem sie die Befreiung des Täters nicht mit der *litis contestatio* des ersten Klägers, sondern mit dessen Befriedigung eintreten lassen, stellen sie die *actio de sepulchro violato* außerhalb des alle Popularklagen betreffenden Rechtes. Ein innerer Grund dafür ist nicht ersichtlich, da, wie der Beginn der Stelle zeigt, das *rei publicae causa abesse* unter die Ediktsklausel *si nemo erit, ad quem pertineat* subsumiert wird. So tritt die Annahme, daß sich die Kompilatoren wieder einmal auf dem Gebiet der aktiven Konkurrenz zugunsten ihrer „Solutionskonkurrenz" betätigt haben[5]), in den Gesichtskreis. An unterstützenden äußeren Momenten fehlt es nicht. Der beanstandete Passus ist vor dem letzten Worte des Satzes d. h. an einer Stelle eingeschoben, an der nicht der Tatbestand, sondern die Entscheidung wiedergegeben wird; stilistisch richtig hätte er

---

1) Mommsen a. a. O. 11. 2) Ulp. D. 47, 23, 3, 1.

3) Ulp. D. 47, 12, 3 pr.; vgl. auch Lenel 222 f.

4) Auch die Konkurrenz zwischen mehreren Interessenten wird behandelt: Labeo-Ulp. D. 47, 12, 3, 9; dazu unten S. 510. — Selbstverständlich hat mit dem Ob der Konkurrenz das Konsumptionsprinzip nichts zu schaffen: gegen Redenti, Arch. giur. 79, 58 vgl. auch Arangio-Ruiz, Bull. 21, 242.

5) Vgl. oben S. 379 N. 1.

zu *si alius egerit* gehört, die falsche Stellung verrät die zweite Hand. Auch wäre die Hervorhebung der gerichtlichen Geltendmachung neben der der Befriedigung überflüssig gewesen. Endlich entspricht es schwerlich dem klassischen Sprachgebrauch, von *litis aestimatio* in einem Falle zu reden, in dem es gar keine Schätzung oder geschätzte Summe gibt, sondern ein durch das Edikt (2. Satz) ein für allemal bestimmter fixer Geldbetrag den Beklagten trifft. Dazu kommt sachlich die Gegensätzlichkeit der Entscheidungen des Ulpian und des Paulus, vor allem die Unvereinbarkeit einer „Solutionskonkurrenz“ mit der von dem letzteren ausgesprochenen Einschränkung. Da die *collusio* sich ja vorzugsweise darin äußert, daß der Kläger sich die Strafe nicht zahlen läßt, so müßte, wenn lediglich die *solutio* befreien sollte, schon aus dem Regelrecht die Nichtbefreiung des kolludierenden Beklagten folgen.

Ein entscheidendes Zeugnis gegen die Echtheit der verdächtigten Worte bringt schließlich die auf die gleiche Konkurrenz bei der *actio sepulchri violati* bezügliche Äußerung Ulpians in D. 47, 12, 3, 10:

Si is cuius interest sepulchri violati agere nollet, potest paenitentia acta, antequam lis ab alio contestetur, dicere velle se agere et audietur.

Bei der Auslegung der Ediktsklausel *sive agere nolet* billigt der Jurist dem Interessenten ein *ius variandi* zu, aber nur bis zu dem Augenblick, in dem ein anderer *litem* kontestiert. Die Begrenzung durch diesen Zeitpunkt kann einen anderen Grund als den der alsdann eintretenden Konsumption nicht haben.[1]) Unzweifelhaftes Resultat ist also das Konsumptionsverhältnis zwischen dem Interessenten und dem dritten Kläger.[2]) Daß Julian ungeachtet des Schweigens der Quellen hier anderer Ansicht gewesen sein sollte, darf als ausgeschlossen erachtet werden.

§ 44. 9. **Anteilsmäßige Berechtigung bei Deliktsklagen.**

Die anteilsmäßige Berechtigung, die bei Deliktsklagen die Regel bildet[3]), gewinnt, wie schon vermerkt[4]), das Interesse der

1) Vgl. noch den Verfasser der Digestenkatene: μετὰ γὰρ προκάταρξιν κύριος γίνεται τῆς δίκης: schol. μετά zu Bas. 22, 5, 30, 3 (Heimb. II 556).

2) So im Ergebnis wohl auch Wlassak, R.-E. 1 319.

3) Prinzip: D. 39, 2, 40, 2 (wenn auch auf eine Nichtdeliktsklage bezüglich).

4) S. 378, s. auch S. 180 N. 7.

Konkurrenzlehre nur insoweit, als sie einen Beleg für *eadem res* und gegen kumulative Berechtigung abgibt. Wo sie bezeugt ist, hat sich unsere Lehre auf das Herausschälen des Kerns zu beschränken, der uns isoliert z. B. für die *actio arborum furtim caesarum* in Pomp. D. 47, 7, 6, 1 überliefert ist: *At*[1]) *si ...., universis dumtaxat una et semel poena praestabitur.* Dies zu ermöglichen, könnten wir uns mit einer Aufzählung der hier einschlagenden Fragmente bescheiden. Indessen gilt es gerade auf dem Gebiete der *poena*[2]) Verwechselungen zwischen der Kumulation der Anteile und der auf *alia res* beruhenden Kumulation vorzubeugen, Verwechselungen, die durch die Art und Weise der Ratenbildung bisweilen nahe gelegt werden. Dieser Aufgabe dient das Folgende.

Aus dem Umstande, daß grundsätzlich das Interesse des einzelnen Berechtigten den Maßstab für die jeweilige Kondemnation bildet, leiten sich die Teilungsmodi ab, unter denen wir drei zu unterscheiden vermögen.

Hat eine einheitliche Handlung mehrere Erfolge[3]) (ein Diebesgriff faßt mehrere Kleinodien, ein Steinwurf verwundet mehrere Sklaven), so ist selbstverständlich der Maßstab der Kondemnation ein entsprechend höherer, als wenn nur ein Objekt betroffen wäre. Aber es sind auch, soweit nicht die *exc. furti una facti* usw. entgegensteht[4]), mittels einer genügend vorsichtig gefaßten Formel objektiv geteilte selbständige Aktionen möglich: kurz es hat alles dieselbe Beziehung wie etwa die *stipulatio* auf *decem* zu zwei Teilklagen auf je *quinque.*[5]) Gehört in solchem Falle das eine entwendete oder verletzte Objekt dem A, das andere dem B, so tritt nur die eine Änderung ein, daß die dort zulässige Erhebung mehrerer Klagen hier notwendig und dementsprechend jene *exceptio* unanwendbar wird. Die Klagen des A und des B verhalten sich aber auch hier zueinander wie bloße Teilklagen, deren Teile durch die einzelnen, in der Formel hervorgehobenen Objekte gebildet werden, nicht anders, wie wenn von zwei *rei decem stipulandi* ein jeder *quinque*

1) Hierzu unten S. 488.

2) Obzwar auch diese Wirkungen nicht etwa der *poena* eigentümlich sind: vgl. z. B. unten S. 405 N. 4.

3) Vgl. von Liszt, Lehrb. d. deutsch. Strafr. § 54 III 1.

4) S. oben S. 169 N. 3. 5) Vgl. oben S. 118.

einklagt. In der Teilung beruht hier überall der Grund zur Kumulation, nicht etwa in *alia res*. Wer mit den römischen Quellen die *causa* des Delikts in dem *factum*, nicht in dem Objekt des Delikts erblickt[1]), darf nicht davon abirren, daß nur eine einzige *causa* und also[2]) *eadem res* gegeben ist. Die Mehrheit der Berechtigten hat nur die Wirkung, daß die *poena* in Teilen gefordert wird, die das Ganze ausmachen. Der Fiktion einer Mehrheit von Entwendungen oder Steinwürfen, die ja auch für das heutige Recht mit Fug zurückgewiesen wird[3]), geben die Quellen keinen Raum.

Hat die deliktische Handlung nur einen Erfolg gezeitigt und entspringen die Anteilsberechtigungen aus derselben rechtlichen Beziehung zu dem verletzten Objekt (mehrere Eigentümer, Pfandgläubiger), so bestimmen sich die Raten nach gewissen[4]) ziffernmäßig auszudrückenden Bruchteilen. Das ist der häufigste Fall[5]); es ist auch der zweifelsfreieste, weil die Summe der Bruchteile mathematisch genau eine einzige ganze *poena* ergibt.

Erwachsen dagegen bei Einheit des Erfolges die Anteilsrechte aus verschiedenen juristischen Beziehungen zu dem verletzten Objekt (Eigentümer ∽ Nießbraucher [oder Pfandgläubiger]), so

1) S. oben S. 106 f. 2) Oben S. 376 f.

3) v. Liszt, Strafrecht § 54 N. 3.

4) Die Bruchteile an der *actio* verhalten sich zueinander wie die Bruchteile an dem zugrunde liegenden Recht.

5) Wenn er für Deliktsklagen nicht so oft bezeugt ist, wie man denken möchte, so kann die Ursache nur in seiner Selbstverständlichkeit liegen. Denn nach anderen Maßstäben als nach den Berechtigungsanteilen ist eine Berechnung gar nicht denkbar, und die Analogie der Nichtdeliktsklagen (s. unten S. 412) tut das übrige. Es finden sich denn auch Belege nur bei Gelegenheit anderweiter Fragen: so für die *actio legis Aquiliae* in Ulp. D. 9, 2, 27, 2 (dazu unten § 173), für das Edikt über das *furtum familiae* in Jul. D. 47, 6, 4 und Scaev. D. eod. 6 pr., § 1, wo der Satz *nomina* (*heredum*) *ipso iure sunt divisa* auf das Ergebnis führt, das mindestens in fr. 6 § 1 i. f. deutlich genug durchschimmert. Die zivile *actio furti* betrifft Ulp. D. 47, 2, 46, 5 i. f. (s. unten S. 407 N. 2). Am sichtbarsten wird die Allgemeingültigkeit der Bruchteilsberechtigung vielleicht in Paul. D. 47, 10, 16, wo sich die für die *actio iniuriarum* eingeleitete Neuerung nur aus einer Anlehnung an das Recht der Vermögensdelikte erklärt (vgl. dazu unten § 144). — Ulp. D. 9, 2, 20 gehört nicht zur *actio legis Aquiliae*, sondern zur *actio damni infecti* (s. unten S. 412 N. 2) und ist von Tribonian mißverständlich einer Stelle angefügt worden, die nur die Aktivlegitimation betraf; zu Ulp. D. eod. 19 vgl. Lenel 194 N. 1.

treten an die Stelle der quantitativen qualitative Teile, die sich nur nach der Lage des Einzelfalles bewerten lassen und deshalb auch nur qualitativ, nicht ziffernmäßig genau zum Ganzen ergänzen. Aber die Römer wären die letzten gewesen, an einem auf diese Weise den Täter treffenden, verhältnismäßig stets nur geringfügigen Übermaß als mit dem Prinzip der *eadem res* unverträglich Anstoß zu nehmen.[1]) Daß ein solches Übermaß nicht entstehe, war zweifellos ihr Wunsch.[2]) Entstand es aber doch, so waren sie weit davon entfernt, darin eine Kumulation im technischen Sinne zu erblicken: das Nebeneinander war ihnen eine Teilung, keine Häufung der Klagen.[3]) Das ist die Grundlage, von der aus einige die *actio furti* betreffende Aussprüche zu verstehen sind.

Javol. D. 47, 2, 75: *Furtivam ancillam bona fide duorum aureorum emptam cum possiderem, subripuit mihi Attius, cum quo et ego et dominus furti agimus: quaero, quanta aestimatio pro utroque fieri debet. respondit: emptori duplo, quanti eius interest, aestimari debet, domino autem duplo, quanti ea mulier fuerit. nec nos movere debet, quod duobus poena furti praestabitur, quippe, cum eiusdem rei nomine praestetur, emptori eius possessionis, domino ipsius proprietatis causa praestanda est.*

Vorausgesetzt wird in der *quaestio* dieser echten Stelle, daß Eigentümer und *bonorum possessor* nebeneinander die *actio furti* haben.[4])

---

1) Vgl. Levy, Priv. 1 N. 3.

2) Vgl. unter den oben S. 401 N. 5 genannten Stellen namentlich *ut omnes non amplius consequantur* (D. 47, 6, 4); *iniquum plus .... ferre* (D. eod. 6 pr.); *non plus duplo ferat* (D. eod. 6, 1).

3) Das verkennt durchaus Eisele, Arch. ziv. Prax. 67, 56; 77, 476 f., der hier Berechtigung *in solidum* und Befreiung des Täters durch Befriedigung des einen Berechtigten annimmt.

4) Schulz, ZSSt. 32, 97 f., der sich gegen die allgemeine Aktivlegitimation des *bon. fid. possessor* zur *actio furti* wehrt, sucht das Fragment dadurch auszuscheiden, daß er dem letzteren die *actio furti* nur deshalb gibt, weil der Eigentümer aus dem ersten Diebstahl „schon eine *actio furti* hatte". Dieser Gedankengang kann nicht überzeugen. In größter Kürze hier nur folgende Einwände: a) Das Gebrauchsinteresse reicht für die Aktivlegitimation zur *actio furti* überall zu, wo eine Custodiahaftung nicht in Frage kommt: unten S. 408 ff. b) Daher hat jeder *bon. fid. possessor*, wie die herrschende Lehre (vgl. z. B. Ferrini, Espos. 219) zutreffend annimmt, die *actio furti*; daß er sie gegenüber dem (diebischen) Eigentümer habe, muß Schulz zugeben; welche ratio gibt es, das *quanti eius interest* anders zu beantworten, wenn ein Dritter ent-

Gefragt wird, offenbar von den gleichen Bedenken aus, die der Respondent selbst nachher erwähnt, nach dem Inhalt der in beiden Aktionen vorzunehmenden Ästimationen. Der Bescheid gibt das denkbar klarste Bild davon, wie der Klassiker danach strebt, die Häufung der Teilklagen mit dem durch den Gegensatz *quod duobus poena furti praestabitur* verdeutlichten Prinzip der Einmaligkeit der Gesamtpoena in Einklang zu setzen. Allerdings geht die Formel auf *quanti ea res* (*mulier*) *fuit*, nämlich zu der Zeit *cum furtum factum est.*[1]) Aber diese Litisästimation ist, da sie ja doch eben *e i u s d e m r e i*[2]) *nomine praestetur* und also im ganzen nur eine *poena* ergeben soll, mit Rücksicht darauf zu beschränken, daß zur Zeit des Diebstahls des Attius dem Eigentümer der Besitz an der *ancilla* gar nicht zugestanden hat und ihm daher die durch den Besitz vermittelten Vorteile auch nicht erst durch den Attius entzogen worden sind. Dementsprechend hat Attius lediglich die *proprietatis causa*[3]) unter Abzug der *possessionis causa* zu duplieren.[4]) Umgekehrt ist dem *bonae fidei*

---

wendet? Gai. III 200 sagt, wie der Beginn erweist, nicht, daß der *bfp.* die Klage nur gegen den Eigentümer, sondern eher, daß er sie sogar gegen diesen habe. c) In D. 47, 2, 52, 10 ist die *res f u r t i v a* von Pernice, Lab. II 1, 444 zweifellos zutreffend gedeutet. In unserem Fragment gehört *furtivam*, das in der ganzen späteren Argumentation unerwähnt bleibt, genau wie der Kaufpreis nur zu den Elementen des konkreten Einzelfalles. d) Zur Versagung der *actio furti* an den Dieb konnten die Juristen „nirgends die Ersitzungsunmöglichkeit verwenden", weil dieses Argument belanglos gewesen wäre. e) Daß A eine Klage nicht zustände, weil B sie hat, darf grundsätzlich nur angenommen werden, wo die Quellen die subsidiäre oder Regreßnatur bezeugen; hier verlautet nicht einmal etwas von den notwendigsten Bedingungen („Präsenz und Solvenz des ersten Diebes", die Schulz als „natürlich voraussetzt"). f) Wenn der *dominus* von den beiden ihm zustehenden (s. Text) *actiones furti* die eine an den *bfp.* abgeben müßte, dann wäre es nicht verständlich, warum Javolen die mühevolle Klagteilung ins Werk setzt, statt jedem eine Klage zu verstatten. g) Die Diktion des Fragmentes steht der Vermutung, daß Attius beide Diebstähle verübt habe, strikt entgegen. 1) Lenel 318.

2) Da Javolen die *ancilla* hier so wenig wie im Vorangehenden (*mulier*!) mit *res* bezeichnet haben wird, so bleibt nur übrig, an *eadem res* im prozeßtechnischen Sinne zu denken. Darin liegt der denkbar stärkste Beweis für die Notwendigkeit einer scharfen Scheidung zwischen wahrer Kumulation und bloßer Ratenkumulation.

3) Zu *causa* Seckel-Heumann h. v. 5.

4) Diesen Abzug bestreiten Pampaloni, St. Sen. 10, 88 ff. und Ferrini, Espos. 218, 219. Aber: 1. *mulier* bedeutet nichts anderes als sonst *res*: vgl.

emptor kein dingliches Recht, keine mit einem solchen verbundene Nutzung, ja nicht einmal ein Usukapionsbesitz durch den Diebstahl verlorengegangen; sein (gegenwärtiges) Interesse, auf das hinaus die Formel in freier Weise interpretiert wird[1]), umfaßt deshalb gerade den Teil des Gesamtinteresses, der dem Eigentümer vorenthalten wird: die *possessionis causa* im ausgesprochenen Gegensatz zur *proprietatis causa*. So wird theoretisch die Identifizierung des Ganzen mit der Summe der Teile mathematisch exakt verfochten. Daß in der Praxis der Geschworene sich vergebens mühen mochte, die Gleichung auf Heller und Pfennig zu verwirklichen, ist dem Juristen von ganz untergeordneter Bedeutung, und das nicht etwa *odio furum*, sondern weil er an die Ignorierung derartiger Kleinigkeiten gewöhnt war. Nur zur Illustrierung des Falles sei angefügt, daß zur *rei persecutio* dem Eigentümer ferner die (ungeteilte) *condictio furtiva*, dem *bfp.* die *actio empti* zur Verfügung steht; außerdem hat der *dominus* gegen den (unbenannten) ersten Dieb die *actio furti* allein.[2])

Ulp. D. 47, 2, 46, 1—5: *1. Si servus fructuarius subreptus est, uterque, et qui fruebatur et dominus, actionem furti habet. dividetur igitur actio inter dominum et fructuarium: fructuarius aget de fructibus vel quanti interfuit eius furtum factum non esse, eius dupli: proprietarius vero aget, quod interfuit eius proprietatem non esse subtractam. 2. Quod dicimus dupli, sic accipere debemus etiam quadrupli competere actionem, si manifestum furtum sit. 3. Haec actio et si sit, qui in eo servo habeat usum tantum, poterit ei competere. 4. Et si quis proposuerit hunc servum etiam pigneratum esse, eveniet, ut etiam is qui pignori accepit habeat furti actionem: hoc amplius etiam debitor, si modo plus valeat, quam pro pignore debetur, habet*

oben N. 2. — 2. Papin. D. eod. 81, 1 führt nur einige Fälle an, in denen *utilitas mea referenda est .... ad aestimationem corporis* aus dem praktischen Grunde, weil in ihnen anderenfalls *statui facile quantitas non potest*; unter diesen Fällen ist der unsere nicht. (Zu der Stelle Beseler I 44, III 110, 135, Schulz, ZSSt. 32, 50 f., der aber mit Unrecht im Anfang ein *non* einschalten will.) — 3. Sabinus in D. eod. 46, 1 i. f. (s. alsbald im Text) spricht strikt gegen P. und F. — 4. Wie soll es sich — von ihrem Standpunkt aus — verstehen, daß Javolen die Art der Schätzung gerade anführt, um die Bedenken zu beschwichtigen (*quippe*), und was hätte der Satz *cum .... praestetur* für einen Sinn?

1) Levy, Priv. 138 N. 4.

2) Pomp. D. 47, 2, 77, 1 i. f.; dazu unten § 68.

furti actionem. 5. Usque adeo autem diversae sunt actiones, quae eis competunt, ut, si quis eorum pro fure damnum deciderit, dici oporteat solummodo actionem sibi competentem amisisse eum, ceteris vero superesse. nam et si proponas communem servum subreptum et alium ex dominis pro fure damnum decidisse, is qui non decidit habebit furti actionem.

Der § 1 stammt, wie Schulz[1]) zutreffend dargetan hat, von Sabinus. Er wird in den folgenden Paragraphen von Ulpian erläutert, ist aber das sichtliche Vorbild auch zu dem eben besprochenen Javolenfragment; hebt sich doch der in diesem vorliegende Fall wesentlich nur dadurch ab, daß er das Verhältnis des *dominus* zu einem ohne dessen Zutun in den Besitz Gelangten betrifft, während Sabinus die einfachere Beziehung zwischen *dominus* und *fructuarius* im Auge hat. Des Sabinus Worte sind, wie regelmäßig, knapp und plastisch. Was Javolen als Späterer voraussetzen durfte, spricht der Ältere ausdrücklich aus: Eigentümer und Nießbraucher, beide haben die *actio furti*. Die Folge davon (*igitur*) ist (mit Rücksicht auf die Einmaligkeit der *poena*), daß *dividetur actio inter dominum et fructuarium*: ein Satz, der die klassische Anschauung unübertrefflich zusammenfaßt. Aber Bruchteile bieten sich nicht dar; so fragt es sich weiter, wie geteilt wird. Die Antwort zeigt die Symmetrie mit Javolen am evidentesten: sie nimmt — wenn man das überflüssige Glossem *de fructibus vel*[2]) entfernt — aufs genaueste auf die Formel Bezug[3]) und teilt die Interessen ganz entsprechend dem fr. 75 in der Weise, daß mehr als das volle Duplum eines allein aktiv Legitimierten sich kaum ergibt.[4]) Die §§ 2 und 3, die des Sabinus *duplum* und *fructuarius* ausdehnend auf das *quadruplum* und den bloßen Usuar erstrecken, interessieren hier weniger[5]), um so mehr der § 4, in dem

1) Sabinusfragmente 82 f.

2) Im Ergebnis ebenso Schulz, ZSSt. 32, 46, Beseler III 190; anders noch Ferrini, Espos. 218.

3) So genau, daß Lenel 318 N. 6 die Stelle sogar heranzieht. — Sehr korrekt ist auch *eius dupli*. Das Komma gehört natürlich vor, nicht zwischen diese Worte.

4) Ganz dasselbe Verhältnis zwischen *dominus* und *fructuarius* kann auf dem Gebiete der Vertragsklagen entstehen; so wenn beiden *cautio damn. inf.* geleistet ist (Paul. D. 39, 2, 5, 2): *nec enim iniuriam sentiet promissor, non plus cuique praestaturus, quam quod eius intersit.*

5) Beselers (III 191) Vorschlag, im § 2 für *dicimus* ein ursprüngliches

Ulpian den Tatbestand dahin ausgestaltet, daß *hunc servum* d. h. des Sabinus *servus fructuarius*[1]) ‚*etiam*‘ verpfändet sei und aus diesem Grunde ein dritter Aktivlegitimierter hinzutrete.

Hieran schließt sich, da der Schlußsatz des § 4 zweifellos eingeschoben ist[2]), im § 5 eine ausführliche, die Rechtslage noch einmal trefflich erhellende Zusammenfassung, die sehr wohl an Sabins *dividetur actio* anknüpfen mag[3]), aber darüber hinaus die Verwickelung des § 4 mitbegreift: denn *quis eorum* statt *alter* und *ceteris* statt *alteri* zeigen deutlich, daß nicht bloß zwei Berechtigte nebeneinander stehen. Als klassisch wird das Resümee noch besonders durch die dem Ulpian charakteristische Einführung mit *usque adeo ut*[4]) bestätigt. Vom sachlichen Gesichtspunkt aus ist auch im folgenden nichts zu beanstanden; eine sprachliche Prüfung kann als ulpianisch im Anfang aber nur gelten lassen: *Usque adeo . . . . actiones, ut, si quis . . . . deciderit, dici oporteat actionem ceteris superesse.*[5]) In jedem Falle ergibt der erste Satz den oben formulierten Gedanken, daß Teilaktionen kumulativ zustehen.[6]) Das ist dem Klassiker selbstverständlich; er benutzt jedoch diese Selbstverständlichkeit, um ihre Wahrheit selbst für den extremen Fall zu verfechten, daß einer von den dreien das ganze

dicit zu lesen, ist plausibel. Zuzugeben ist ihm auch, daß § 3 holpert; aber der Kern, der Relativsatz, ist bestimmt echt; schon das auf Sabinus verweisende *in eo servo* nimmt für ihn ein.

1) Zutreffend Schulz, Sab. Fr. 83, ZSSt. 32, 47.

2) So bereits Pampaloni, St. Senesi 10 (1893) 89 f.; ferner Ferrini, Espos. 219 N. 2, Schulz, ZSSt. 32, 47 f., Beseler a. a. O. — Zu Schulz' Argumenten kommt hinzu: a) *si modo* oft tribonianisch: s. unten S. 507 N. 6 a. E. b) *debitor* statt *dominus* ist inkorrekt. c) vgl. D. 9, 2, 30, 1 (unten S. 411), worauf schon Pampaloni hingewiesen hat.

3) So Schulz, Sab. Fr. 83; ganz anders ZSSt. 32, 46 ff. (s. im Text).

4) VIR. I 201 verzeichnet neben 5 Gaius- und 2 Paulusfragmenten nicht weniger als 19 Ulpianfragmente, die (nach flüchtiger Prüfung) insoweit sämtlich echt sind. — Andererseits kommt die Wendung auf dem durch Longos Vokabular bestrichenen Gebiete nur in Inst. 4, 6, 19 vor.

5) *quae eis competunt* ist schwerfällig und überflüssig. Es verrät Verwandtschaft mit dem folgenden *competentem*, das für sich allein (vgl. VIR. I 845, 19/20) und innerhalb der ganzen es umfassenden Wendung (vgl. Beseler III 191) Verdacht erregt. Zu dieser bemerke man ferner die falsche Stellung des *solummodo* und die Gesuchtheit der Auffassung, daß der Gläubiger durch die Befriedigung seine *actio* „verliere“ (hierzu auch P. Krüger zdSt.).

6) Vgl. auch oben S. 178 f.

damnum allein verglichen d. h. (regelmäßig) die Strafe erhalten hat. Dieser Sinn ist wahrscheinlicher als der, daß er nur den ihm zustehenden Anteil bekommen hätte; denn nur im ersteren Fall besteht ein uns auch sonst bekanntes[1]) Problem, und nur dann erklärt es sich, daß Ulpian von einem Prozeß nicht spricht, sondern, wie auch der Verfasser des Einschubes ihn verstanden hat, an außergerichtliches *damnum decidere* denkt. Ganz das gleiche gilt für die nun folgende Begründung. Aber selbst wenn man an Teilzahlungen glauben wollte, das tertium comparationis zwischen Behauptung und Begründung steht fest: es besteht darin, daß die rechtliche Behandlung prinzipiell die gleiche ist, gleichviel ob die Anteile durch ziffernmäßige Brüche[2]) oder durch qualitative Verschiedenheit der zugrunde liegenden Rechte gebildet werden.

Mit dieser wertvollen Bekräftigung unserer Darlegung könnten wir schließen, wenn nicht Schulz und nach ihm Beseler die wichtigsten Teile des gesamten Komplexes verdächtigt hätten. Die Art, wie Beseler[3]) diesem Text zu Leibe geht, muß seine Methode selbst bei dem Wohlwollendsten in Verruf setzen: das Mißverhältnis zwischen Emendierung und Gründen erreicht hier einen Grad, der kaum mehr zu übertreffen ist. Nicht kümmert ihn das noch von

1) Auf eine ähnliche Frage dürfte das in jedem Falle verderbte Scaev. D. 47, 6, 6 hinauslaufen. Überträgt man, wie durch die Sache gefordert, die im § 1 überlieferte Verteilung der Ansichten auf das principium, so kann man weder (mit der Glosse und Lenel, Scaev. Nr. 150) das ganze principium noch (mit Dorotheos, schol. ἔλεγεν zu Basil. 60, 15, 6; Heimb. V 553) das *eoque . . . . fieri* auf Labeo zurückführen, sondern nur (Mommsen und P. Krüger folgend) *eoque . . . . ipsi* dem Scaevola in den Mund legen. Dann ergibt sich: Beide Juristen setzen selbstverständlich voraus, daß die Kläger als Erben vorgehen d. h. *nomina divisa* geltend machen. Während aber Labeo (im Rahmen des Quotenbetrages, der bei mehreren freien Tätern herauskäme) dem einzelnen Kläger so viel zusprechen will, *quantum, si liber fecisset, consequeretur* (D. 9, 4, 31; Lenel, Ed. 324), hält Scaevola (wie schon Julian: D. eod. 4) mit dem Geist des Ediktes nur die Auslegung für vereinbar, die alle Erben zusammen als einen einzigen *actor* betrachtet und auch insoweit die Quoten eingreifen läßt. Modern ausgedrückt, teilt Scaevola nicht nur die Forderung, sondern auch das Zugriffsrecht. (Beispiel: 6 Täter, 5 Erben, Totalästimation 10. Dann spricht einem jeden zu: Labeo 60 : 5 = 12, also 10; Scaevola 10 : 5 = 2.)

2) So — wie ohne weiteres vorausgesetzt wird — im Falle des *communis servus*. 3) III 190 f.

keinem beanstandete Javolenfragment, nicht kümmert ihn die schrittweise Kommentierung des Sabinussatzes, nicht die fast überall einwandfreie Stilistik und Grammatik, nicht ein Ulpianismus wie *usque adeo, ut*: erbarmungslos streicht er die §§ 3—5 ganz, den § 1 zum größten Teil, und nur von dem uninteressanten § 2 läßt er das meiste stehen. Und warum das alles? Soweit nicht Stücke betroffen werden, deren Unechtheit im Vorangehenden zuzugestehen war, werden durchaus gesunde, teilweise sogar besonders inhaltsschwere Wendungen angegriffen: so im § 1 *proprietatem subtrahere* — ein durch den Gegensatz gerechtfertigter Ausdruck[1]) —, so im § 2 *etiam*, im § 4 das oben erklärte *h u n c servum*, im § 5 *et si proponas* und das dreimal vom Kläger ausgesagte *pro fure damnum decidere.*[2]) Wenn Beseler endlich meint: „*Propter custodiam* kann wegen eines Diebstahls immer nur einer die Diebstahlsklage haben . . .“, so wäre das allerdings ein stichhaltiger Einwand, der bewiese, daß auch der § 5 nicht zu retten sei — falls man in unseren Fragmenten die Aktivlegitimation des Nießbrauchers und des Pfandgläubigers mit Schulz[3]) auf ihre Custodiahaftung zurückführen müßte.

Aber diese Ansicht von Schulz ist mit der ganzen Darstellung nicht vereinbar. Sie zwingt ihn, den durch Javolen geschützten und sprachlich nicht einmal von ihm selbst beanstandeten § 1 zusammenzustreichen, ihm jede Beziehung zum § 5 zu nehmen, insbesondere das vielsagende *dividetur actio* zu tilgen und den Sabinus die Allerweltsweisheit aussprechen zu lassen, daß der Fruktuar die *actio furti*, der Eigentümer aber die *condictio furtiva* habe, von welch letzterer der kommentierende Ulpian keine Silbe erwähnt; auch fällt so die Nuance, die den § 5 von mehr als zwei Personen handeln läßt, unter den Tisch.[4]) Das alles muß uns bestimmen, den von Schulz einge-

1) Vgl. Javol. D. eod. 75 i. f.

2) Allerdings ist in der Formel der *actio furti* (Gai. IV 37) Subjekt des *decidere* der Dieb; aber doch nur weil dieser *d. decidere o p o r t e t*; im übrigen ist *decidere* (= vergleichen) der einen Verwendung ebenso zugänglich wie der anderen; vom Gläubiger gebraucht wird es z. B. in D. 44, 4, 4, 6. Die seltenen übrigens sämtlich echten Anwendungsfälle von *damnum decidere*, unter denen unseren drei Verwendungen in den Digesten vier mit dem Dieb als Subjekt (Afr. D. 47, 2, 62 §§ 1, 2, 5, Ulp. D. 4, 4, 9, 2 i. f.) und eine passivische (Ulp. 13, 1, 7 pr.) gegenübertreten (VIR. II 11), geben keinesfalls Beselers Bedenken Raum. 3) ZSSt. 32, 46 ff.

4) Ein einziges äußeres Moment führt Schulz an, das „die ganze Inter-

nommenen Standpunkt zu verwerfen. Wenn — was nunmehr sichergestellt sein dürfte — Eigentümer, Nießbraucher und Pfandgläubiger zugleich aktiv legitimiert sind, so kann der Grund nur in dem Gebrauchs- oder Sicherungsinteresse, das sie haben, gelegen sein. Dieses ist stets dann maßgebend, wenn ein Haftungsinteressent nicht existiert. Und so liegt es hier; denn ohne Erfolg sucht Schulz[1]) gegen Seckel[2]) darzutun, daß der *servus subreptus* mit jeder anderen entwendeten Sache auf eine Stufe gestellt worden sei. Ob man die Haftung für den *servus fugitivus*, der nach den Quellen *custodiri solet* und *debet*, als Custodia- oder Culpa-Haftung bezeichnen soll, kann hier nicht untersucht werden. Daß aber ein für *custodia* einstehender Besitzer oder Detentor eines ihm nicht gehörigen normalen *servus* dessen Entwendung nicht zu vertreten hat, ergibt sich ganz abgesehen von D. 13, 6, 5, 6[3]) unmittelbar aus den Fragmenten, nach denen die *fuga servorum, qui custodiri non solent* (*debent*), höhere Gewalt ist.[4]) Schulz freilich stellt die Sklavenflucht dem *furtum servi* entgegen.[5]) Ist denn beides aber wirklich in Ansehung der Custodiahaftung etwas Verschiedenes? In einem Institutionenfragment (3,23,3a), dessen klassisches, ja wohl gajanisches[6]) Gepräge Schulz[7]) nur deshalb nicht gelten lassen will, weil er sachlich auf anderem Standpunkt steht, wird die Custodiahaftung des Verkäufers auf Grund eines Tatbestandes besprochen, der beide Fälle ausdrücklich gleichsetzt: *quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit.* Und weiter: wie soll man sich denn den Diebstahl an einem gewöhn-

polation verrät"; es besteht in der Stellung des *quoque* im Beginn des § 6, das mit der vorgängigen Erörterung einer anderen *actio furti* des Eigentümers nicht verträglich sein soll. Aber Ulpian sagt mitnichten „auch der Eigentümer hat unter Umständen die *actio furti*", sondern er will nur erklären, wann er sie gegen den Nießbraucher habe. Die Stellung des *quoque* setzt voraus, daß zuvor von anderen Personen, die gegen den Nießbraucher mit der *actio furti* vorgehen könnten, die Rede gewesen sei. Das ist unmöglich, und so mangelt dem *quoque* jede Vertrauenswürdigkeit; überdies paßt es zu Schulz' Auslegung um nichts besser als zu der obigen.

1) Namentlich KritViertSchr. 50, 57 N. 67.

2) Seckel-Heumann, *custodia* (Zitate hinter *res custodiri solita*).

3) Dessen Beweiskraft Schulz a. a. O. und ZSSt. 32, 49 Note nicht beseitigt hat. 4) D. 13, 6, 18 pr.; 50, 17, 23; vgl. auch D. 6, 1, 21.

5) Vgl. auch ZSSt. 32, 49 Note und 84.

6) Ferrini, Bull. 13, 179. 7) ZSSt. 32, 75.

lich nicht zu bewachenden Sklaven d. h. an einem solchen, der erwachsen und gesund ist, überhaupt vorstellen? doch nur so, daß der Sklave einwilligt d. h. daß er flieht. So sehr ging den römischen Juristen beides in eines über, daß sie von Sabinus an immer wieder hervorheben: *qui servo persuasit, ut fugeret, fur non est*[1]), weil es an dem Moment der Aneignung fehle[2]); daß sie, sobald dieses Moment hinzutritt, die äußerste Grenze beschreiten, um aus der *fuga* ein *furtum* zu entwickeln. Wurde die Flucht bewerkstelligt, *ut ab alio subripiatur*, so haftete der Anstifter zur Flucht bereits nach Sabinus mit der *actio furti*; Pomponius aber und mit ihm Ulpian befürworten die Haftung weitergehend selbst dann, wenn überhaupt nur ein beliebiger Dritter *fugitivi fur esse coeperit*. Soll man wirklich annehmen, daß mit diesem von dem Kustodienten nicht beeinflußbaren, für den *dominus* hinsichtlich der Wiedererlangung des *servus* gleichfalls bedeutungslosen Augenblick, in dem der Anstifter der Flucht *furti incipit teneri*, die Haftung für den verlorengegangenen[3]) Sklaven erst beginne, während bis dahin der Kustodient frei ausgehe? Die ratio wäre unerfindlich. Versteht man dagegen in den zitierten Stellen die *fuga servorum* in dem schon durch den Ausdruck geforderten Sinne, der die in ein *furtum* ausklingende *fuga* einbegreift[4]), so sind die Folgen praktisch und vernünftig, und das fr. 46 gefährdet die Lehre von der Custodiahaftung nicht mehr, weil es aus ihr auszuscheiden hat. — In diese Lehre hat einzudringen, wer das Thema „Custodia und Sklave" erledigen wollte: für unsere Zwecke muß das Obige genügen.

1) Sabinus (dazu Schulz, Sab.-Fr. 79), Pomponius und Ulpian in D. 47, 2, 36 pr.; Paul. sent. 2, 31, 33.

2) Dieses braucht sich dann nur noch durch *recipere et celare* zu betätigen: Ulp. D. 11, 3, 11, 2 zweiter Teil (s. unten § 59).

3) lat. *perire* (s. folg. Note).

4) Daß das geboten ist, beweist auch die Gleichung: *fuga* in weiterem Sinne verhält sich zu *fuga* in engerem Sinne wie *perdere* in weiterem Sinne zu *perdere* in engerem Sinne. Die zu suchende Unbekannte in dieser Gleichung ist allein *fuga* im engeren Sinne. Für *perdere* steht der Doppelsinn fest: Seckel-Heumann h. v. 2, Schulz, ZSSt. 32, 60. GrünhutsZ. 38, 37. Daß *perire* förmlich Stichwort ist in den klassischen Erörterungen über die *custodia* (Schulz) und also auch über die *actio furti*, bestätigt namentlich Paul. sent. 2, 31, 4: *furti* kann klagen, *cuius interest rem non periisse*; entsprechend Gai. III 203 i. f.

Die §§ 4 und 5 in D. 47, 2, 46 liefern übrigens auch Bausteine zur Rekonstruktion des paulinischen Kerns von D. 9, 2, 30, 1, dessen interpolierter Teil dem unechten Schluß des § 4 cit. eng verwandt ist.[1]) Die einzige Differenz besteht hier in der Ordnung der Aktivlegitimation des Pfandgläubigers, der die *actio furti* als *directa*, die *actio legis Aquiliae* als *utilis*[2]) hat. Die Konkurrenz zwischen dieser *actio leg. Aq. utilis* aber und der direkten Klage des Eigentümers (= Verpfänders = Schuldners) kann nur nach Maßgabe der für die *actio furti* überlieferten Grundsätze gelöst worden sein. Denn irgendein konkurrenzrechtlicher Unterschied ist nicht ersichtlich.[3]) *Dividetur igitur actio inter dominum et creditorem* insofern, als[4]) bei der beidesmaligen Schätzung der Betrag der Schuld in Rücksicht gezogen wird.[5]) Ist das richtig, so muß man das Fragment allerdings nicht erst von *vel ab initio*[6]), sondern schon von *sed hic iniquum est* ab für unecht erklären, wofür besondere Gründe nicht mangeln.[7]) Es ist auch gar nicht auszuschließen, daß bereits das *quaeritur* byzantinisch ist und Paulus *sed et creditori danda est utilis* geschrieben hat: die Indikative *potest* und *amisit* sind sehr auffällig; sie in der oratio obliqua dem Klassiker zur Last zu legen, hat viel mehr gegen sich als die Annahme, daß die Kompilatoren sie bei der Umgestaltung zu ändern vergessen haben. —

1) Vgl. oben S. 406 N. 2. 2) Lenel 197.

3) Höchstens ließe sich hier von einer doppelten Konkurrenz reden; aber das hat für die Rechtsfolgen keine Bedeutung.

4) Ohne ausdrückliche Formelklausel; *usque ad modum debiti* (vgl. Lenel 197 N. 6) ist interpoliert: u. N. 6.

5) Ähnlich schon Pampaloni, St. Senesi 10, 89 N. 48. — Anders Gradenwitz, Itp. 92, der an eine *cautio defensu iri* denkt; aber diese ist nur in den grundsätzlich entgegengesetzten Fällen verwendbar, in denen *eadem res* nicht zugrunde liegt: s. unten § 145. Noch anders Ferrini (folgende Note).

6) So Gradenwitz 89 ff., Ferrini, Riv. ital. 12 (1891) 176 f. — Espos. 313 (wo Verzeichnis der älteren Literatur), P. Krüger zdSt.; vgl. auch unten §§ 115, 116 a. E., oben S. 354. Lenel, Paul. Nr. 365 bemerkt ferner: *sed .... teneri* Trib.? Pampaloni äußert sich nicht bestimmt.

7) Vgl. außer den von Gradenwitz 90 schon bemerkten Indizien: die Beziehungslosigkeit des *eum*, die Mehrdeutigkeit des *ab eo*, die verdächtige Anknüpfung *nisi si quis putaverit, quantitas*, die Unbeholfenheit des ganzen *nisi*-Satzes. Daß zwei in ihm auftretende Wendungen in der unstreitig unechten Schlußpartie wiederkehren (Gradenwitz 92), nimmt gewiß auch nicht für ihn ein.

Das Resultat für die Deliktsklagen ist also ganz eindeutig. Wegen der übrigen Klagen brauchen nur noch beispielshalber einige Fragmente aufgezählt zu werden, die Anteilsberechtigung eintreten lassen und somit außerhalb der Konkurrenzlehre stehen, aber andererseits wieder bestätigen, daß *eadem causa* hier *eadem res* zur Folge hat. Kontraktsklagen werden betroffen in Jul. D. 45, 1, 54, 1, Pap. D. 45, 2, 11, 1[1]), Ulp. D. 45, 3, 7 pr. (*actio ex stipulatu*), Ulp. D. 16, 3, 1, 31 (*actio depositi*), Ulp. D. 21, 1, 31, 5 ff. (Kaufklagen); andere Nichtdeliktsklagen in Ulp. D. 39, 2, 40, 2 in Verbindung mit D. 9, 2, 20[2]) (*a. damni infecti*), Ulp. D. 39, 3, 6, 1 und Paul. D. eod. 11, 4 (*a. aqu. pluv. arc.*)[3]).

V. Aktive doppelte Konkurrenz.

45. Actio rerum amotarum des Ehemannes (Pfandgläubigers) ~ condictio furtiva des Eigentümers.

Daß auch hier das Prinzip der *eadem res* für das Vorliegen eines Konsumptionsverhältnisses maßgebend ist, erhellt aus den auf die passive doppelte und die aktive einfache Konkurrenz bezüglichen Ausführungen ohne weiteres. Bei der Erforschung der *eadem res* tritt naturgemäß die Personenkonkurrenz in den Hintergrund: für die Frage des Klagziels scheidet sie in allen den Regelfällen aus, in denen sie gar nicht fähig ist, die Identität in Frage zu stellen[4]), und der Klaggrund wird bei der Betrachtung der Aktionenkonkurrenz allein bereits so klargestellt, wie es die Personenkonkurrenz erfordert. Die Besonderheiten, die für die Untersuchung der *eadem causa* bei Klagengleichheit gelten[5]), fallen hier fort, und ebenso ist für die Vorfrage, ob die Berechtigung der mehreren eine solidarische oder eine anteilsmäßige ist, kein Raum: da jedem von ihnen nur eine, aber nicht die andere Klage zusteht, so fehlt es an einer Möglichkeit, Anteile zu bilden.

Wenn man bemerkt hat, daß die Fälle, die uns die Quellen für das Konsumptionsverhältnis bei passiver doppelter Konkurrenz boten, durchweg zum Rechte der adjektizischen oder der noxalen Klagen in Beziehung standen, so darf man sich nicht verwundern,

1) Dazu oben S. 180, 378 N. 2. 2) Lenel, Ulp. Nr. 2893.
3) S. oben S. 387. 4) S. oben S. 376 f. 5) S. oben S. 174.

wenn die Aktivkonkurrenz eine noch geringere Ausbeute verheißt. Nur ein Fall scheint überliefert zu sein.

Ulp. D. 25, 2, 17, 3: *Quae viro suo res pignori datas amoverit, hoc iudicio tenebitur.*

Paul. D. eod. 18: *sed et domino condictio competet. sed alterutri agere permittendum est.*

Und selbst hier bewegt man sich auf unsicherem Boden. Die wenigen Andeutungen sind aus zwei verschiedenen Schriftstellern zusammengestoppelt, von denen mindestens bei Paulus nicht einmal der Tatbestand mehr mit Gewißheit festzulegen ist.[1]) Und gerade dessen Fragment ist das bedeutungsvollere. Während Ulpian im fr. 17, d. h. im Kommentar zur *actio rerum amotarum*, auf die gleichzeitige Klage des Dritten und die durch sie erwachsende Konkurrenz nicht eingegangen sein mag, erweist das fr. 18 in Verbindung mit dem ebenfalls dem 6. Quästionenbuche entstammenden fr. 28[2]), daß es Paulus hier um die Erfassung der durch das Dasein der *actio rerum amotarum* hervorgerufenen Konkurrenzfälle eigens zu tun war. Der Fall des fr. 28:

Si uxor rem viri ei, cui eam vir commodaverit, subripuerit isque conventus sit, habebit furti actionem, quamvis vir habere non possit

bildet zu dem des fr. 18 ein kennzeichnendes Gegenstück: hier ist der Ehemann der Eigentümer und der Dritte der mit der *actio furti* ausgestattete Haftungsinteressent, dort ist der Dritte der Eigentümer und der Ehemann der Haftungsinteressent. Aber nicht nur die Kargheit der Darlegungen läßt tilgende Hände vermuten. Die Worte *isque conventus sit*, die im fr. 28 die Aktivlegitimation des Haftungsinteressenten von seiner vorgängigen Inanspruchnahme abhängig machen wollen, sind im klassischen Recht nicht unterzubringen. Wie sie formell dem Hauptsatz das Subjekt geraubt haben[3]), so weisen sie sachlich direkt auf Justinians Reformgesetz von 530 (C. 6, 2, 22, 1 e. 4 c), das den Kompilatoren bei der Exzerpierung der Digestenfragmente (17. 18. 28) um so maßgeblicher vor Augen gestanden haben muß, als es sich ja selbst mit der *actio rerum amotarum* eingehend beschäftigt. Die im § 4 Justinians neu gelöste

1) S. unten S. 414 N. 1.

2) Lenel, Paul. Nr. 1337, 1338.

3) Mommsen ergänzt *is*.

dubitatio tertia betrifft — mit einer unwesentlichen Abweichung[1]) — haarscharf den in fr. 17 § 3, fr. 18 überlieferten Konkurrenzfall. Wenn trotzdem die Entscheidung hier und dort getrennte Wege geht, so ist das lediglich dem Umstand zu verdanken, daß die beiden Digestenfragmente (soweit sie erhalten sind) sich von dem heißen Pflaster der *actio furti* fernhielten und außer der *actio rerum amotarum* ausschließlich die *condictio furtiva* berührten, die man als mit dem *honor matrimonii* verträglich — im betonten Gegensatz zur *actio furti* — gewähren ließ.[2]) So boten die Überbleibsel des Paulus (fr. 18) zwar nicht eigentlich justinianisches Recht, sie konnten jedoch wenigstens in zurechtgestutzter Fassung geduldet werden.

Von diesen Gesichtspunkten ist auszugehen, wenn man zur Kritik der ausschlaggebenden Worte *sed alterutri agere permittendum est* schreitet. Dem Sinne nach können sie nicht auf Tribonian zurückführen[3]), der sonst die nun (§ 4 c cit.) dem *dominus* gewährte *actio furti* und deren Subsidiarität hinter der Vertragsklage gegen den Ehemann zur Geltung gebracht hätte: gerade von dieser Klagreihenfolge sticht die Gleichberechtigung beider Kläger (*alterutri*) wirksam ab.[4]) Der Form nach aber werden sie die äußerste Zusammendrängung von Darlegungen bedeuten, über die Justinian (§ 4 b) nur das eine verlauten läßt, daß *auctores iuris satis et in hac specie contra se iurgium exercuerunt.* Auch das doppelte *sed* wird ja nicht von Paulus sein, und *alterutri* ist mindestens undeutlich, insofern es ebenso wie sonst *uterlibet*[5]) an sich bloß „einer von beiden" heißt[6]) und das entscheidende Wörtchen „nur" erst aus dem — brüchigen — Zusammenhang ergänzt werden kann.[7]) Unter diesen Umständen wird man auch das *permittendum* nicht pressen dürfen, das in korrekt

1) Ulpian macht den Ehemann zum Pfandgläubiger, Justinian zum Entleiher, vielleicht gerade im Anschluß an Paulus: fr. 18 schweigt zwar; vgl. aber fr. 28.

2) Levy, Priv. 122 ff.

3) Anders Pampaloni, Studi Senesi 17, 156 und Zanzucchi, Riv. 42, 58 N. 4 auf Grund ihres in Priv. 114 N. 4 zurückgewiesenen Standpunktes.

4) Daher denn auch die Unschlüssigkeit der gl. *sed alterutri* adhl.

5) S. oben S. 272 N. 1, 286 N. 6.

6) Vgl. etwa Gai. D. 40, 12, 9 pr.: *etiam alterutri eorum permittendum agere*; Gai. IV 179: *sed alterutro t a n t u m* (*tm* Veron.) *iudicio agere permittitur*.

7) So schon Dorotheos, schol. οὐ μόνον zu Bas. 28, 11, 17 (Heimb. III 305): οὐχ ἵνα μέντοι ἑκατέροις ἐνάγηται, ἀλλὰ παρ' ἑνὸς αὐτῶν μόνου.

klassischer Sprache am ehesten eine kumulationshemmende Betätigung (Denegation) des Prätors nahelegen würde. Man wird sich vielmehr damit bescheiden müssen, daß wenigstens im materiellen Ergebnis der ursprüngliche Paulus auf eine irgendwie geartete Konsumption gemündet sein wird. Die Lücke wird vermutungsweise, wie folgt, auszufüllen sein.

Während *actio furti* und *condictio furtiva* kumulativ nebeneinander stehen und deshalb bei einem gewöhnlichen Diebstahl das Auseinanderfallen von Aktions- und Kondiktionsberechtigtem zu einer Überschreitung des Konkurrenzgebietes führt[1], erwächst daraus hier, da die *actio rerum amotarum* auch die *actio furti* ersetzt, eine Konkurrenz. Dem Eigentümer der gestohlenen Sache kann deswegen, weil der Haftungsinteressent als Ehemann der Diebin nur die *actio rerum amotarum* hat, die *condictio furtiva* nicht versagt werden, und er müßte, falls nur die materielle Rechtslage in Betracht käme, durch die Schicksale der Ehegattenklage unberührt bleiben. Aber die Konkurrenzgrundsätze reden eine andere Sprache. *Causa* der *actio rerum amotarum* ist, wie Paulus in D. eod. 21, 6 betont, das *furtum*; sie ist es, wie er in D. eod. 21, 5 hervorhebt, in Übereinstimmung mit der *condictio furtiva*. Ebenso sind beide Klagen hinsichtlich ihres Zieles durchaus nach den gleichen Gesichtspunkten entwickelt, indem sie beide auf der Grundlage einer Bereicherungshaftung auf Schadensersatz gerichtet sind.[2]) Folglich muß zwischen ihnen *eadem res*, also Konsumptionsverhältnis herrschen.

1) S. oben S. 24.
2) Levy, Priv. 114 ff.

Zweiter Abschnitt: Ungehemmte Kumulation.

I. Aktionenkonkurrenz (im engeren Sinne).

A. Konkurrenzen, an denen Nichtstrafklagen beteiligt sind.

1. Verschiedener Klaggrund, verschiedenes Klagziel.

§ 46. I. Rei vindicatio ∽ actio furti (und ähnliche).

Daß zwischen diesen beiden Aktionen *eadem res* nicht besteht, ist stets angenommen und zutreffend mit der Verschiedenheit des Klagziels begründet worden. Die Betrachtung der *causa*, die das eine Mal im Eigentum des Bestohlenen, das andere Mal im Diebstahl liegt, läuft auf das gleiche hinaus. Nach Zivilrecht tritt also Kumulation ein, und dabei ist es auch im praktischen Resultat ausnahmslos geblieben. Das beruht, wie namentlich aus den Ergebnissen des nächsten Abschnittes[1]) e contrario vorweg zu entnehmen ist, auf der Tatsache, daß die *actio furti*[2]) nicht dazu gelangt ist, zugleich eine reipersekutorische Funktion zu erfüllen.[3])

Das ergeben schon die Fragmente, die, ohne der *rei vindicatio* oder sonst einer konkurrierenden Klage zu gedenken, die vollkommene Gleichgültigkeit des Schicksals der entwendeten Sache für den Erfolg der *actio furti* betonen: wie Ulp.[4]) D. 47, 2, 48 pr. *in actionem poenalem*

1) Z. B. unten § 81.

2) Mag sie dem Eigentümer oder einem Dritten zustehen: s. unten § 95.

3) Dazu oben S. 280 ff.

4) Daß diese Worte den Ulpian zum Verfasser haben, steht fest. Aber auch der vorangehende Bericht über die richterliche Entscheidung gehört zweifellos ihm und nicht dem Sabinus an, wie Schulz, Sabinusfragmente 83 zweifelnd annimmt (vgl. auch Lenel, Ulp. Nr. 2881). Sabinus hätte sich gewiß nicht auf das bloße Referat beschränkt; eine etwa von ihm geäußerte Rechtsansicht aber hätte Ulpian uns nicht vorenthalten.

non venit ipsa res quae subrepta est und Ulp. eod. 66: *nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit.*[1]) Vor allem tritt es jedoch bei Gaius hervor, der (IV 8) im Rahmen eines umgekehrten Gedankenganges den Satz, daß *actione furti poenam tantum persequimur*[2]), offensichtlich gerade darauf gründet (*nam*), daß *ipsius rei et vindicatio et condictio nobis conpetit.*[3]) Ebenso läßt er in IV 4 *extra poenam dupli aut quadrupli* Vindikation und Kondiktion *rei recipiendae nomine* eintreten, und aus demselben Gegensatz leitet er in D. 47, 2, 55, 3 die Wirkungslosigkeit einerseits der Rückstellung des Diebsgutes auf die *actio furti*, andererseits der Strafzahlung auf Vindikation und Kondiktion ausführlich ab:

> *Cum furti actio ad poenae persecutionem pertineat, condictio vero et vindicatio ad rei reciperationem, apparet recepta re nihilo minus salvam esse furti actionem, vindicationem vero et condictionem tolli: sicut ex diverso post solutam dupli aut quadrupli poenam salva est vindicatio et condictio.*

Wenn die Streitbefestigung hier nicht erwähnt wird, so darf das nicht auffallen. Nicht ohne Grund entbehren die Tatbestände *recepta re* und *post solutam .... poenam* jedes auf einen vorangegangenen Prozeß deutenden Hinweises.[4]) Das Versagen des

1) Die gleichen Worte begegnen in Ulp. 21, 1, 17, 1; sie sind, wie die Inskription lehrt, von Ulpian sicherlich nur einmal geschrieben. Das beweist jedoch noch nicht, daß er sie, wie Pernice, Lab. II 1, 116 N. 3 will, bloß auf den Tatbestand des fr. 17 und nicht zugleich auf den des fr. 66 bezogen hätte. Ulpian wird vielmehr, um die Einflußlosigkeit der tätigen Reue auf den einmal erworbenen Charakter des *fugitivus* darzutun, auf die allbekannte Tatsache hingewiesen haben, daß es beim *furtum* nicht anders stehe. Wenn Pernice demgegenüber, wie es scheint, seine Auffassung, daß Privatstrafe keine wahre Strafe sei (vgl. Levy, Privatstrafe 136 N. 1), selbst auf die *actio furti* überträgt, so denkt er justinianischer als Justinian. D. 47, 8, 5 bringt ihn (115 f.) vollends ins Gedränge, sofern es ihn zu der Annahme nötigt, daß der Raub gegenüber dem Diebstahl „als ein gemeines Vergehen schärfer, strafrechtlicher angefaßt" worden sei. Was heißt das? Zutreffend Ferrini, Dir. pen. rom. 271; vgl. ferner Lenel, Ulp. Nr. 1761, Ed. 529 N. 3.

2) Über die Bedeutung dieser Wendung s. Levy, Privatstrafe 145 ff.

3) Daß er diese Begründung ausdrücklich nur für die *actio vi bonorum raptorum* zu bringen scheint, beruht lediglich auf der Erklärungsbedürftigkeit der *quorundam opinio.* Die inhaltlich gleiche Erwägung in Inst. 4, 1, 19 (vgl. unten S. 421 N. 1) bezieht sich unmittelbar auf die *actio furti.*

4) Vgl. auch oben S. 72 f.

eadem-res-Prinzips kann an der Einflußlosigkeit der (außergerichtlichen)[1] Zahlung ebensowohl aufgezeigt werden wie an der der Litiskontestation. Darüber hinaus wird aber — und darum war es Gaius zugleich zu tun — durch die Heranziehung der Gläubigerbefriedigung auch die außerhalb des Konkurrenzrechts mögliche Gesamtwirkung, wie sie unten im IV. Abschnitt geschildert ist[2], in Abrede gestellt. — Eine treffliche Ergänzung dazu bietet Diokletian in C. 6, 2, 12, 1 (a. 293), der — in gleichfalls klassischem Gedankengange[3] — umgekehrt von der Streitbefestigung[4] ausgeht und die *satisfactio* unerwähnt läßt:

> *Quapropter furti actione et condictione vel adversus possidentem vindicatione de mancipiis uti non prohiberis, cum altera poenam continens alterius electione minime tolli possit.*

Ebenso wie Gaius führt der Kaiser die Nichtkonsumption lediglich auf die Verschiedenheit der Ziele zurück: nicht als ob zwischen Vindikation und *actio furti* nicht auch die Ungleichheit der *causae* der zivilen Konsumption im Wege gestanden hätte[5], sondern weil auf diese Weise das Verhältnis zu Vindikation und Kondiktion in einem Atemzuge zu erledigen war und weil ferner die Unvereinbarkeit der Ziele es bewirkte, daß die grundsätzliche Kumulation auch in concreto ungehemmt blieb. Diese selbst wird hier durch das *et* in Verbindung mit dem in *vel* liegenden Gegensatz[6] klar genug und, wie die inhaltlich übereinstimmenden Konstitutionen C. 6, 2, 13 (a. 293) und C. 3, 41, 5 (a. 294) zeigen, in einer dem diokletianischen Stil charakteristischen Weise zum Ausdruck gebracht. Weniger ergiebig ist Diocl. C. 6, 2, 14 (a. 293), das auch die sachverfolgenden Klagen nicht spezialisiert.

Diesem von der Forschung allgemein gebilligten Ergebnis der Kumulation beider Klagen widersetzen sich zwei Fragmente aus den Sentenzen des Paulus: 2, 31, 13:

---

1) Vgl. oben S. 333, 370 und sonst. 2) S. bes. unten § 162.

3) S. auch oben S. 285 N. 6. 4) = *electio*; s. oben S. 43 N. 2.

5) Das übersieht Eisele 79, 356 (vgl. oben S. 100 N. 1).

6) Hieran fehlt es im Schlußsatz von Ulp. D. 13, 1, 7, 1, der schon deshalb nicht mit Alibrandi I 178 zum Erweise der Kumulation verwendet werden darf (vgl. oben S. 47 f.). Überdies ist der Satz interpoliert: Beseler I 42, III 106, de Francisci, Studii sopra le azione penali (1912) 43 N. 6; er findet ein Seitenstück in D. 47, 8, 2, 26 (s. unten S. 433 f.).

Furti manifesti actio praeter quadrupli poenam ipsius rei persecutionem genere vindicationis et condictionis continet.

und mittelbar, aber nicht weniger schroff: 2, 31; 34:

Res subrepta si in domini potestatem reversa sit, cessat furti actio.

Früher als nicht besonders schwerwiegend hingenommen[1]), werden sie jetzt, da das Mißtrauen gegen die Überlieferung allgemeiner geworden ist[2]), für interpoliert erklärt.[3]) In der Tat wird man sich trotz Fehlens sprachlicher Anstöße mit dieser Annahme befreunden müssen. Ein äußeres Argument gegen die Authentizität des § 13 liegt vielleicht darin, daß er zwischen zwei Paragraphen steht, deren mangelhafte Überlieferung keinem Zweifel mehr ausgesetzt ist. Sachlich ist dem Paulus unbedingt der Gedanke abzusprechen, daß eine Pönalklage *praeter poenam* noch irgend etwas enthalten könne.[4]) Am allerwenigsten war für die *rei persecutio* noch neben dem numerisch bestimmten *quadruplum* Platz: wie hätte denn gemäß § 13 cit. die mehr als das Vierfache doch nicht verlangende Formel der *actio furti manifesti* lauten sollen?[5]) Der § 34 geht über den § 13 noch weit hinaus. Selbst wenn die *actio furti* die Sachverfolgung mitumfaßt hätte, so wäre sie doch mindestens zugleich auf eine vielfache Strafe gerichtet gewesen und deshalb keinesfalls ohne weiteres durch Rückkunft des Diebsgutes untergegangen. Um den § 34 zu halten, müßte man die *actio furti* geradezu mit der *con-*

1) So noch Alibrandi I 178, 185; Siber 185. — Eisele erwähnt die Fragmente, soweit ich sehe, überhaupt nicht.

2) Vgl. z. B. Krüger, Coll. II 41 f., Geschichte der Quellen (2. Aufl.) 280, Gradenwitz, ZSSt. 8, 274, Kipp, Geschichte der Quellen (3. Aufl.) 144, Lenel, Ed. 540 N. 8, Mitteis, RPR. I 213 N. 32, Sächs. Gesellsch. 62, 266 N. 1, Kübler, ZSSt. 30, 159 N. 1, Seckel-Kübler II 3, H. Peters, ZSSt. 32, 280, Rhein. Ztschr. 8, 11, Beseler I 99, III 6, Partsch, Negotiorum gestio I 65, Riccobono, ZSSt. 34, 245 f. und besonders hinsichtlich des Titels 2, 31: F. Schulz, ZSSt. 32, 67. 75 ff. — Zurückhaltender Conrat, Westgot. Paulus (1907) 4 ff., ZSSt. 34, 53 und Kantorowicz, ZSSt. 33, 460 f.; 34, 53 N. 17.

3) Seckel-Kübler zu den Stellen; zu § 34 auch Cujaz, Observ. 21, 19, Schulz, ZSSt. 32, 77.

4) Es ist das genau der Gedanke der byzantinischen *actio mixta*: Levy, Priv. 140 ff.

5) An der *genere vindicationis* wirkenden Ersatzfunktion einer Strafklage wäre an sich kein Anstoß zu nehmen: vgl. unten § 81, Levy, Priv. 2.

dictio furtiva gleichsetzen: das aber ist angesichts des einhelligen Sprachgebrauchs der Quellen[1]) unmöglich. —

Wie die *actio furti* verhält sich zur *rei vindicatio* diejenige Klage, die der Prätor gegen den *qui testamento liber esse iussus erit* wegen Entwendung von Stücken der *hereditas iacens* erteilt: Ulp. D. 47, 4, 1, 17:

Praeter hanc actionem esse et vindicationem rei constat, cum haec actio ad similitudinem furti competat.

Der Hauptsatz kann nur die Kumulierbarkeit der beiden Klagen ausdrücken; denn daß die *rei vindicatio* nicht etwa durch jene honorarische Klage *in personam* verdrängt ist, ihre Zuständigkeit also auch keiner besonderen Hervorhebung bedarf, versteht sich von selbst. Dem entspricht die Begründung[2]), die darauf hinweist, daß die prätorische Klage in ihrem Charakter der *actio furti* durchaus ähnlich ist, wie sie ja auch nur der eigenartigen Rechtslage, die der Anwendbarkeit der Zivilklage entgegensteht[3]), ihr Dasein verdankt.[4])

In denselben Zusammenhang gehört, wenn man dem prätorischen Album[5]) und den Digesten folgt, der Konkurrenzfall: *actio de tigno iuncto*[6]) + *rei vindicatio*, der von Ulp. D. 47, 3, 2 besprochen wird:

Sed si proponas tigni furtivi nomine aedibus iuncti actum, deliberari poterit, an extrinsecus sit rei vindicatio. et esse non dubito.

Die Fragestellung fällt willkommen dadurch auf, daß sie auf der vorangehenden *litis contestatio* (*actum*) und nicht auf einer Befriedigungshandlung aufbaut; unwillkommen dadurch, daß die nachträgliche Lösung des *tignum iunctum* nicht erwähnt, sondern voraus-

1) Hierzu unten § 95; vgl. auch Levy 124 N. 1; anders Cujaz a. a. O., Savigny V 218 Note h.

2) Sie wird mit Unrecht von de Francisci, Az. pen. 45 verdächtigt; wegen *competere* bei Ulpian vgl. Levy, Sponsio 177, Peters, ZSSt. 32, 219 N. 5, wegen der Ellipse von *actio*, die hier besonders zahm ist, s. oben S. 89 N. 1.

3) Ulp. D. 47, 4, 1, 1 (in seinem echten Kern).

4) Ausführlicher und allgemeiner sagt dasselbe Ulpian im § 10: *nam si in locum deficientis furti actionis propter servitutem hanc actionem substituit praetor, verisimile est in omnibus causis eum, in quibus furti agi potuit, substituisse.*

5) Lenel, Ed. 320.

6) Es gibt nur eine solche Klage und nicht deren zwei, wie Pampaloni, Bull. 21, 205 ff., bes. 211 ff. gegenüber der herrschenden Meinung behauptet.

gesetzt wird.[1]) Ihrem Inhalt nach ist sie jedenfalls klar. Nicht ebenso kurz läßt sich über die Antwort hinweggehen. Wenig freilich will es verschlagen, daß sie einen unheilbaren[2]) Widerspruch gegenüber Inst. 2, 1, 29 i. f. enthält, wo dem Verletzten eine erfolgreiche *rei vindicatio* nur dann in Aussicht gestellt wird, *si non fuerit duplum iam persecutus*. Denn diese Worte sind ebensowenig mit dem echten Text von Gai. D. 41, 1, 7, 10 i. f.[3]) vereinbar[4]), sie verraten sich auch durch den bewußt[5]) nur auf die Solution bedachten Standpunkt als byzantinisch.

Denkt man bloß an die zivile Konsumptionsregel, so ist die Entscheidung des fr. 2 cit. plausibel: Grund und Ziel[6]) beider Aktionen sind offensichtlich verschieden. Ist es aber bei diesem Resultat geblieben oder hat die Erkenntnis einer Ersatzfunktion in dem *duplum* der Zwölftafelklage jener Kumulation entgegenzuwirken verstanden? Allerdings hat die *actio de tigno iuncto*

1) Dieser Mangel ist wohl auf die Unterbrechung des Zusammenhanges, der durch die Heranziehung von D. 13, 1, 7, 1 nicht lückenlos hergestellt wird, zurückzuführen und nicht auf das von Beseler I 113 ohne Quellenanhalt konstruierte Abschreiberversehen. *Extrinsecus* heißt wie auch anderwärts (Seckel-Heumann h. v. 3): „außerdem" (ältere Erklärungen bei Pampaloni, Arch. giur. 31, 79 N. 4); es steht in demselben Sinne wie in Inst. 4, 1, 19, das zweifellos klassischen Ursprungs ist: s. auch Ferrini, Bull. 13, 187.

2) Unheilbar für das klassische Recht, in dem die befreiende Wirkung von Streitbefestigung und Befriedigung parallel läuft, heilbar für die Byzantiner, in deren Sinne das *actum* des fr. 2 und das *persecutus* der Instit. scharf gegensätzlich zu verstehen ist. Dies gegen die Harmonisierungsversuche, wie sie noch neuerdings Girard 332 N. 6, 7 und Pampaloni, Bull. 21, 211 N. 23 unternehmen (ältere Lit. bei Pampaloni, Arch. giur. 31, 74 ff.; zur Glosse: Landsberg, Glosse des Accurs. 244 ff.).

3) Dieser Text ist als Konkurrenzstelle unmittelbar nicht verwertbar, weil er einen Vorprozeß über die *actio de tigno iuncto* nicht erwähnt.

4) Ob dem klassischen Urtext die Überlieferung der Digesten oder die der Instit. näher steht, ist bestritten; für letzteres: Ferrini, Bull. 13, 147 f., Pampaloni, Bull. 21, 211 N. 23; für ersteres Riccobono, Arch. giur. 54, 281 (mit älterer Lit.), P. Krüger ad Instit., und zwar mit Recht: a) *praestare* (oder *solvere*) *per actionem* kommt im Bereich des VIR. (I 130 f.) nicht vor. b) Das formulare *iunctum* der Digesten ist dem *iniunctum* der Inst. vorzuziehen. c) In der überlangen Zwischenbemerkung über die Zwölftafelbestimmung erinnert der triviale *quod-ideo*-Satz an die „ulpianischen" Titeleinleitungen.

5) Vgl. oben N. 2. 6) Zu diesem de Francisci 48.

in Formel[1]) und Charakter Ähnlichkeiten mit der *actio furti.* Aber sie setzt ein Verschulden gar nicht voraus und läßt ja sogar gegen den *fur tigni*[2]) die *actio furti*[3]) und wohl auch die *cond. furtiva*[4]) neben sich bestehen.[5]) Was sie ersetzen soll, ist lediglich die „fehlende Vindikation“[6]): das *duplum* ist *pro eo*[7]) (scil. *tigno iuncto*) d. h. anstatt des eingebauten Materials zu leisten. So scheint denn die eben aufgeworfene Frage für einen Klassiker durchaus erwägenswert[8]): *deliberari poterit* sagt Ulpian selbst — sicherlich nicht, um sich sofort mit einem abrupten *et esse non dubito* zu desavouieren. Gewißheit ist hier nicht zu gewinnen. Aber die Umstände legen durchaus eine jener Kürzungen nahe, mittels deren Tribonian auch sonst ihm unliebsame, zumal ins Prozeßrecht eindringende „Deliberationen“ getilgt hat.[9]) Daß die Zulassung der Kumulation seinen Intentionen entsprach, läßt sich aus der interpolierten Wendung in fr. 1 § 1[10]) eod. *nec enim parci .... vinxitve*[11]) entnehmen,

1) Vgl. Lenel, Ed. 320.

2) Mag dieser mit dem Passivlegitimierten der *actio de tigno iuncto* identisch sein (einfache Konkurrenz) oder nicht (doppelte Konkurrenz): vgl. Gai. II 78 i. f. *sive tu .... sive alius.*

3) Das wird als *palam* durch die Äußerung des Gaius II 78 i. f. bezeugt, deren Analogie zwingend ist: vgl. Pampaloni, Arch. giur. 31, 426 f.

4) Ebenso Pampaloni 426 f. — Die durch den Eigentumsverlust bedrohte (D. 13, 1, 1) Aktivlegitimation wird man durch die Denkform *nec is, qui materiae dominus fuit, desiit eius dominus esse* (D. 41, 1, 7, 10; dazu Pernice, L. II 1, 317 N. 4) oder gemäß Tryph. D. 13, 1, 20 hergestellt haben.

5) Wie diese Konkurrenzen sich im klassischen Recht lösten, ist erklärlicherweise nicht überliefert. *Eadem res* war natürlich nicht gegeben. Des Näheren vermute ich entsprechend dem gegenüber fr. 2 cit. eingenommenen Standpunkt, daß die Kumulation zwar nicht im Falle der *actio de tigno iuncto* ∽ *actio furti,* wohl aber im Falle *actio de tigno iuncto* ∽ *condictio furtiva* gemäß den im Abschnitt III darzulegenden Grundsätzen gehemmt wurde. Für den letzteren Fall abweichend Pampaloni 426 f.

6) Vgl. auch Pernice, Labeo II 1, 320 Note.

7) Diese Worte werden durch die Gemination in D. 41, 1, 7, 10 und Inst. 2, 1, 29 gegen den Verdacht gesichert, den Beseler II 18, gestützt auf keinen sachlichen und einen einzigen (m. E. fragwürdigen) sprachlichen Grund, erhebt.

8) Auch Siber 173 gibt einem leisen Zweifel Raum. — Anders Riccobono, Arch. giur. 54, 280 f.

9) Eine Fülle von Beispielen bei P. Krüger, Festg. für Bekker 13 ff.

10) § 2 nach P. Krüger (12. Aufl.).

11) Hierzu Beseler I 44 f., II 153, P. Krüger (12. Aufl.) zdSt., de Fran-

die zugleich erweist, daß man sich im byzantinischen Recht als passiv legitimiert vorwiegend einen Bösgläubigen vorstellte. Gegenüber einem solchen, der sich auch in D. 6, 1, 23, 6 eingezwängt hat[1]), wird dort unter Mißachtung des Zwölftafelsatzes selbst während bestehender Verbindung die *rei vindicatio* nebst *actio ad exhibendum* zugestanden. Der Gedanke der *scientia* drängte sich vielleicht durch die Bezeichnung des *tignum* als *furtivum* in unserem fr. 2 den Kompilatoren noch besonders auf.

§ 47. 2. Rei vindicatio + condictio.

Paul. D. 44, 2, 31:

Paulus respondit ei, qui in rem egisset nec tenuisset, postea condicenti non obstare exceptionem rei iudicatae.

Die *condictio*, die hier nach der *rei vindicatio* erhoben wird, ist nicht näher bezeichnet. Der übrige Inhalt des Fragments zwingt zu einer Abgrenzung nur insofern, als man sich eine an sich vindizierbare *res*, also ein *certum* als Gegenstand der *condictio* vorzustellen hat.[2]) Ein Tatbestand von immer noch enormer Weite bleibt übrig, und doch wird er von der Entscheidung restlos gedeckt. Denn diese beschränkt sich auf die Zuständigkeit der *exc. rei iud. v. i. i. ded.*[3]), also[4]) auf die Frage der zivilen Konsumption, und daß solche nicht Platz greifen kann, erhellt schon aus der notwendigen Causadivergenz, wie sie zwischen der *rei vindicatio* und jeder *condictio* besteht.[5]) Auch das Ziel ist verschieden; *nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest*[6]); dies aber mit der bekannten Ausnahme der *condictio furtiva*[6]), die auf das gleiche gerichtet ist wie die dingliche Klage.[7])

Bei alledem sind die Worte *nec tenuisset* noch nicht berücksich-

cisci 48 N. 4; unzutreffend Pampaloni, Bull. 21, 212. — Sachlich widerspricht der Schlußsatz des fr. 1 § 1 der Versagung der *actio ad exhib.* bei Gai. D. 41, 1, 7, 10 und dem echten Paulus in D. 6, 1, 23, 6. Allgemein anstößig ist die unjuristische Denkform *non parci oportet ei*: s. dazu oben S. 349 N. 6.

1) Eisele, ZSSt. 13, 120. Krüger zdSt., Beseler II 17 f., de Francisci 48 N. 4.

2) Vgl. auch Trampedach, ZSSt. 17, 150; dazu von Mayr, ZSSt. 24, 269 N. 2.

3) Diese hat der echte Paulus zweifellos im Auge: s. auch Eisele, ZSSt. 21, 47. 4) Vgl. oben S. 74.

5) Einerseits: Eigentum. Andererseits: Darlehen, rechtloses Haben, Diebstahl usw. 6) Gai. IV 4. 7) Vgl. unten § 94.

tigt. Sie gestatten vielleicht, in den Gedankengang des Paulus, den die nun verlorene *quaestio* einst deutlich präzisiert hatte, noch einen Schritt weiter einzudringen. Denkt man an eine Klage *si paret eum dare oportere* aus Darlehen oder ungerechtfertigtem Haben[1]), so ist bei ihrer Inkompatibilität mit einer Vindikation[2]) deren Erfolglosigkeit die materiellrechtliche Voraussetzung eines erfolgreichen *condicere*, das *nec tenuisset* also ohne rechten Saft. Besonderes Gewicht gewinnen diese Worte hingegen, wenn man die (mit ihnen ja gleichfalls vereinbare)[3]) *condictio furtiva* zugrunde legt.[4]) In dem Falle *rei vindicatio* + *condictio furtiva* ist mit der Verneinung von *eadem res* in der Tat nur dann das letzte Wort gesprochen, wenn der Vindikant unterliegt; anderenfalls trat man der zivilrechtlichen Kumulation in der von Pomponius (D. 47, 2, 9, 1) geschilderten Weise entgegen.[5]) Gerade das wird Paulus haben andeuten wollen, wenn anders ihm hier an einem für seinen Konsulenten praktisch brauchbaren Responsum und nicht an einer doktrinären Analyse der *eadem res* gelegen war.

§ 48. 3. Rei vindicatio ∽ Besitzinterdikte.

Paul. D. 44, 2, 14, 3: *Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.*

Papin. D. 43, 16, 18, 1: *Eum, qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri, pendente iudicio nihilo minus interdicto recte agere placuit.*

Ulp. D. 41, 2, 12, 1: *Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui*

1) So Basil. 51, 2, 28 (Heimb. V 92), die Glosse, Cujaz. ad h. l. (opp. VI 521 [Mutin. 1778]) und wohl auch Savigny, Syst. VI 420 N. g, Girard 1042 N. 1, ferner namentlich Alibrandi I 186, der die Konkurrenz der *condictio furtiva* lediglich aus D. 47, 2, 9, 1 zu entnehmen und zwischen diesem Fragment und dem fr. 31 einen Gegensatz zu vermuten scheint. S. dazu sofort im Text.

2) Gai. IV 4. Dazu von Koschembahr-Lyskowski, Condictio als Bereicherungsklage I 38, II 4 N. 3. Nicht da gegen oben S. 283 N. 1.

3) Man braucht nur den Fall zu setzen, daß der Dieb im Moment des *vindicari a se pati* (vgl. Wlassak, ZSSt. 25, 121 ff.) nicht mehr Besitzer war.

4) Vgl. Bekker, Proc. Cons. 250 N. 11. 5) Vgl. unten § 94.

coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.

Während Paulus die Besitzinterdikte zusammenfaßt und von der Reihenfolge: Interdikte + Vindikation ausgeht, erörtern Papinian und Ulpian bei je einem Interdikte die entgegengesetzte Folge: *rei vindicatio + interdictum unde vi* (oder *uti possidetis*). Bei der Wesensgleichheit der Interdikte ist diese Verschiedenheit jedoch sachlich ohne Bedeutung. — Das einwandfreie Fragment des Paulus geht davon aus, daß sowohl im Interdiktsprozeß (*egerit*)[1]) wie im Vindikationsprozeß (*agens*) *lis* kontestiert ist[2]), und fragt zunächst, ob die erste Litiskontestation mittels der (notwendigen)[3]) *exc. rei iud. v. i. i. ded.* im zweiten Prozeß die Absolution des Beklagten bewirken könne, d. h. ob *iure civili* Konsumption Platz greife. Diese Frage aber wird im Ediktskommentar den Juristen nur beschäftigt haben, wenn sie praktisch war, d. h. wenn das Ergebnis des *ius civile* als das endgültige betrachtet wurde. Durch die Art, wie er die verneinende Lösung begründet, wird das aufs neue nahegelegt.[4]) Zur bloßen Leugnung von *eadem res* hätte der Hinweis auf den Pönalcharakter der Interdiktsnachklagen[5]) oder auf die das eine Mal im Eigentum, das andere Mal in der Besitzverletzung liegende *causa*[6]) genügt. Der Standpunkt, daß *in interdicto possessio vertitur*, setzt die weitere Erwägung voraus, ob die in der Interdiktspoena[7]) zweifellos implicite steckende Sachverfolgung mit dem Ziel der Vindikation wenigstens insoweit gleichzusetzen sei,

1) Geändert von den Basil. 51, 2, 14, 3 (Heimb. V 89).

2) Vgl. oben S. 58 f., 370. 3) Gai. IV 107 i. f.

4) Vgl. auch alsbald zu D. 41, 2, 12, 1.

5) Über das *interd. unde vi* s. oben S. 288 N. 2; zum *interd. uti possidetis* namentlich Ulp. D. 50, 17, 154 (vgl. Lenel, Ed. 453 N. 3): *illi debet permitti poenam petere, qui in ipsam non incidit.* Lenel, Pal. II 822 N. 4 freilich bezieht das auf die durch Sponsionen versprochene *poena.* Aber nichts spricht dawider, der allgemeine Singular *poenam* (statt *poenas*) sogar eher dafür, daß Ulpian zugleich an die Kondemnationssumme im *iudicium Cascellianum* gedacht hat. Jedenfalls wird das die Voraussetzung jeder Verurteilung bildende interdiktswidrige Verhalten als *delictum* bezeichnet. — Ganz abweichend jetzt Berger, ZSSt. 36, 188 f.

6) Unzutreffend hierzu Siber 162.

7) An die Restitutionsklausel ist hier nicht zu denken: vgl. Levy, Privatstrafe 73 f.

daß eine Klaghäufung als unbillig erschiene. Auch das verneint Paulus, offenbar weil das Eigentums- und das Besitzinteresse einander gegenseitig ergänzen, nicht ersetzen.[1])

Noch klarer tritt die Absicht, die Konkurrenz endgültig zu entscheiden, bei Papinian hervor: wer im Vindikationsprozeß *litem* kontestiert hat, wird dadurch nach unbestrittener Ansicht (*placuit*)[2]) nicht gehindert, im Interdiktsverfahren erfolgreich (*recte*)[3]) vorzugehen. Hier läßt der Zusammenhang[4]) eine Einschränkung nicht zu, die *exc. rei iud. vel i. i. ded.* wird nicht erwähnt, und *pendente iudicio* beweist positiv, daß auch Prätor und Judex sich zwecks Vermeidung der Kumulation nicht ins Mittel legten. Sonst hätte schon das Schweben des einen Prozesses ihr Eingreifen im anderen veranlassen müssen.[5]) Aber *pendente iudicio* enthält auf der anderen Seite auch ein vielsagendes Negativum: der Fall, daß der eine Prozeß in irgendeiner Weise zur Erledigung gekommen ist, wird durch die Entscheidung nicht getroffen.[6]) Den Grund dafür können wir erst im IV. Abschnitt kennen lernen.[7])

Bei Ulpian treffen wir in D. 41, 2, 12, 1 auf den Punkt, in dem er nach bekannter Methode[8]) am Schluß des Kommentars zum *interd. uti possid.*[9]) dessen Konkurrenz mit der *rei vindicatio* ex professo bespricht. Was Paulus (D. 44, 2, 14, 3) vermuten ließ, erklärt Ulpian unmittelbar. Die Inkompatibilität von *proprietas* und *possessio* dient ihm als Unterlage für eine Lösung, die überhaupt gar nicht mehr das *ius civile* zum Gegenstande hat. Weder aus Gründen prätorischer Konsumption[10]) noch aus anderem Grunde wird das Interdikt dem versagt, *qui coepit rem vindicare.* In *coepit* liegt der Gegensatz zur Erledigung der Vindikation, also genau das, was Papinian mit *pendente iudicio* zum Ausdruck bringt.

---

1) Dazu unten § 164.

2) Vgl. Seckel - Heumann h. v.

3) Vgl. Levy, Priv. 57 N. 7.

4) Papinian handelt vom *interd. unde vi*: Lenel, Pap. Nr. 318.

5) S. unten § 80.

6) Am allerwenigsten wird ein Verzicht auf die *vindicatio* vorausgesetzt, wie ihn Dorotheos herausliest (schol. ἐάν τις [Heimb. V 591]: μεταμεληθείς).

7) Unten § 164. 8) S. oben S. 287 N. 1.

9) Lenel, Ed. 453 N. 3, Ulp. Nr. 1547.

10) Vgl. oben S. 74; an sie läßt das *denegatur* zunächst denken: oben S. 57 N. 3.

Der Entscheidungsgrund am Schlusse dürfte auf sich beruhen. Aber es mag doch bemerkt werden, daß er angesichts der ersten Begründung überflüssig und sachlich recht unglücklich ist: wer vindiziert, hat in erster Linie den Wunsch, in den Besitz seiner Sache zu kommen; das *vindicare* ist das diametrale Widerspiel des *possessioni renuntiare.*[1]) Auffallen muß auch *qui rem vindicavit*, unmittelbar nachdem Ulpian dieser Wendung absichtlich ausgewichen ist. Man wird ein Glossem vermuten dürfen.

§ 49. 4. Bonae fidei iudicia ∽ actio furti.

(Sab. -)[2]) Ulp. D. 17, 2, 45: *Rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam dolove malo amovit [vel rem communem celandi animo contrectet]*[3]): *sed et pro socio actione obstrictus est, nec altera actio alteram tollet. idemque in omnibus bonae fidei iudiciis dicendum est.*

Paul. D. eod. 46: *Idem est et in colono et in eo qui negotia gerit et qui mandatum nostrum exsequitur et in tutore.*

Zunächst für den Fall *actio pro socio ∽ actio furti*, alsdann unter Erstreckung der Entscheidung auf alle *bonae fidei iudicia* verneint Ulpian das Bestehen eines zivilen Konsumptionsverhältnisses mit den Worten *nec altera actio alteram tollet*, deren eindeutiger Sinn schon oben[4]) festzustellen war. Daß er damit weitergehend auch die Möglichkeit einer amtsrechtlichen Umbildung der Kumulation ablehnt, beweist der gegensätzlich mit *sed* anhebende Fortgang seiner Ausführung (fr. 47 pr.).[5]) Ein gleicher Inhalt läßt sich, freilich nur mit Wahrscheinlichkeit, für das Fragment des Paulus annehmen, der hier bei der Besprechung des Gesellschaftsvertrages[6]), wie fr. 48

---

1) Vgl. Ubbelohde - Glück V 130. Dagegen will Siber 170 den Schlußsatz dadurch retten, daß er in *qui rem vindicavit* denjenigen bezeichnet findet, der *in rem* prozessiert hat, ohne die *litis aestimatio* zu erhalten. Wäre dem so, so hätte sich Ulpian hier in einem Rätselspiel gefallen, das er durch die Änderung des *coepit vindicare* in *vindicavit* nur noch mehr verwickelt hätte.

2) Der hier interessierende Teil des Fragments stammt von Ulpian; Sabinus spricht nur bis *amovit*: Lenel, Sab.-Syst. 63, Schulz, Sab.-Fr. 69 f.; anders Pernice, Lab. III 229.

3) Glossem oder Interpolation: Lenel und Schulz a. a. O., Krüger zdSt., anders Kipp, Krit. VJSchr. 33, 539 f., Jörs, R.-E. V 1443.

4) S. 388. 5) Darüber unten § 98. 6) Lenel, Paul. Nr. 1735.

und 50 erweisen, gleichfalls mit Konkurrenzfragen sich befaßt hat. Zur Rechtfertigung der Kumulation kann in vollem Umfange auf die Ausführungen über *rei vindicatio* ∽ *actio furti* verwiesen werden.[1]) Auch hier ist das Resultat Zweifeln nicht ausgesetzt. Die scheinbar entgegenstehende Äußerung des Javolen D. 47, 2, 72 pr. ist auf andere Weise zu erklären.[2]) — Eine Bestätigung der Kumulation für den Fall *actio locati* ∽ *actio furti* gibt Paul. D. 44, 7, 34, 2 init.[3]) Dagegen sind weitere hier zuweilen[4]) angeführte Stellen wie Paul. sent. 2, 12, 5 (= coll. 10, 7, 5 = D. 16, 3, 29 pr.), D. 13, 6, 14; 17, 1, 22, 7; 19, 2, 42 auszuscheiden, weil sie nur die Zuständigkeit, also das Ob der Konkurrenz betreffen.

2. *Identischer Klaggrund, verschiedenes Klagziel.*

§ 50. I. Actio furti ∽ condictio furtiva.

Anstatt aller Ausführungen über diese von je unstreitige Kumulation, mit der die Geschichte der *condictio furtiva* selbst aufs innigste verwoben ist[5]), kann ein Ausspruch Ulpians hierher gesetzt werden, der an Prägnanz und Korrektheit nicht zu überbieten ist (D. 13, 1, 7, 1, I. Hälfte)[6]):

> *Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam. ea res facit, ut neque furti actio per condictionem neque condictio per furti actionem consumatur.*

Als ausschließliche Ursache der Kumulation wird die Verschiedenheit des Zieles bezeichnet, weil die *causa* beider Klagen identisch ist.[7]) Die Ausdrucksweise hätte selbst im Sinne der gajanischen Unterscheidung präziser nicht sein können, da, wie *legitimam* erweist, von der *actio furti nec manifesti* die Rede ist und somit alle von Gai. IV 107 init. aufgezählten Voraussetzungen vorliegen.

---

1) Oben S. 416 ff. 2) S. unten § 95.

3) Näheres unten § 97.

4) So von Alibrandi I 178 und teilweise von Segrè, St. Fadda VI 380 N. 2, wo ferner die überhaupt nicht hierher gehörigen D. 27, 3, 1, 21. 22; eod. 2, 1 erscheinen (vgl. auch oben S. 113 N. 1).

5) S. oben S. 279 ff.

6) Über die zweite Hälfte s. oben S. 418 N. 6.

7) Zur *cond. furtiva* vgl. oben S. 279 N. 6. — Ebenso Alibrandi I 178; vgl. auch Eisele 79, 352.

Die weiteren Belege wiederholen entweder das Ergebnis in weniger vollkommener Fassung oder sie enthalten nur Bausteine zur Lösung. Eine kurze Übersicht reicht um so eher hin, als die Mehrzahl schon oben[1]) besprochen worden ist. Gaius (IV 4 und 8), Paulus (D. 44, 7, 34, 2 init.) und Diokletian (C. 3, 41, 5; 6, 2, 12, 1; eod. 13; eod. 14) heben die Kumulierung hervor, Gaius (D. 47, 2, 55, 3) und Ulpian (D. 13, 1, 7 pr.) leugnen den Einfluß der (freiwilligen) *decisio* oder Strafzahlung auf die *condictio furtiva*, des *rem recipere* auf die *actio furti.* Auch in Ansehung der *condictio* ist mit allen diesen Zeugnissen[2]) die Äußerung des angeblichen Paulus (sent. 2, 31, 13) unvereinbar.

§ 51. 2. Actio vi bonorum raptorum ∽ condictio furtiva.

Das Dasein dieser Konkurrenz[3]) schließt ihre Entscheidung ohne weiteres in sich. Stand die *condictio* gegen den Räuber zu, so war für eine sachverfolgende Funktion der pönalen *a. vi bonorum raptorum* kein Raum[4]), und die mangels Zieleinheit[5]) eingreifende Kumulation blieb ungehemmt bestehen. Ob aber mit der Raubklage *poenam tantum persequimur*, war noch zu des Gaius (IV 8) Zeit nicht unbestritten.

Die Ursache liegt in der Geschichte des spezifischen Raubdeliktes, die wenigstens in ihren Grundzügen einigermaßen wahrscheinlich zu machen ist.[6]) Das lukullische Edikt[7]) richtete sich gegen Vermögensbeschädigungen, die mit Waffengewalt oder von einer zusammengerotteten Menschenmenge verübt waren. Diese Qualifizierung war zweifellos der Ausgangs- und Schwerpunkt der Verordnung[8]), und so verstand es sich leicht, daß man das andere

---

1) S. 417 f.

2) Die ferneren von Eisele 79, 365 und Segrè, St. Fadda VI 379 N. 2 angeführten Stellen beweisen mindestens nicht unmittelbar und bleiben deshalb besser weg.

3) Hier abgesehen natürlich von der unten S. 432 N. 3 angedeuteten Konkurrenz.

4) Vgl. allgemein Levy, Privatstrafe 15, 138, 146 und oben S. 279 f.

5) Die Pönalnatur der *a. vi b. r.* steht fest; statt aller vgl. Gai. III 209, IV 112.

6) Grundlegend dazu Keller, Semestria ad Ciceronem 577 ff., 596 ff.

7) Vgl. die von Cic. p. Tull. § 7 überlieferte *intentio.*

8) Darüber herrscht kein Streit; vgl. Cic. a. a. O. § 42: *praetores* . . . . .

Tatbestandsmerkmal, das *damnum datum*, so weit wie möglich faßte, so weit, daß als Unterart desselben auch die *rapina* erscheint.[1]) Aber die dagegen wohl erhobenen Bedenken, die sich mit Fug und Gewicht auf die hergebrachte enge Auslegung des aquilischen *damnum* berufen durften, scheinen die Oberhand gewonnen und — in einer uns nicht näher bekannten Zeit[2]) — zur Einfügung der das *bona rapere* ausdrücklich nennenden Klausel geführt zu haben. Sachlich war damit indessen zunächst nichts geändert[3]): wie das *damnum dare*, so mußte das *bona rapere — dolo malo* (*vi*)[4]) *hominibus armatis coactisve* geschehen sein.[5]) Erst allmählich trat, durch die in sich geschlossene

---

de vi et armis severum iudicium constituerunt und namentlich daselbst §§ 8 bis 11.

1) Cic. a. a. O. § 42, Ascon. in Cic. orat. in toga candida (ed. Orelli-Baiter) p. 84. — Ebenso Keller 580 ff., Karlowa II 1339; anders Mommsen, Strafrecht 660

2) Aber jedenfalls nachträglich: Keller 577 ff., 583 f., Pernice, Lab. I 249 f. (anders ZSSt. 17, 217 f.), Mommsen 660 N. 4, Girard 416 N. 6. Dagegen unzureichend Ferrini, Espos. 228. 3) Keller 596.

4) Dieses Wort hat die fortschreitende Ediktstechnik später als überflüssig empfunden und gestrichen: D. 47, 8, 2 pr., § 8 gegenüber Cic. a. a. O. § 7. Ebenso Keller 599 ff. (mit anderem Grunde) und nun auch Lenel, Ed. 378.

5) So namentlich Pernice, ZSSt. 17, 218 N. 1, Ferrini 229. Hätte sich nicht die *rapere*-Klausel hinsichtlich aller besonderen Tatbestandsmerkmale aus der *damnum*-Klausel zu ergänzen gehabt, so hätte sie (trotz Karlowa II 1338; vgl. unten S. 490 N. 3) unbedingt lauten müssen: *sive cuius bona* ⟨*dolo malo* (*vi*)⟩ *rapta esse dicentur.* Nicht einmal späterhin, als die sachliche Sonderung vollzogen (s. Text) und das *vi* verschwunden war (s. vor. Note), hat sie eines der drei eingeklammerten Worte aufgenommen. Wegen *dolo malo* steht das fest. Aber auch der einfache *vis*-Begriff hat der Ediktsklausel (und wahrscheinlich auch der Formel) der *a. vi b. r.* niemals zugehört: vgl. Keller 601; anders Lenel, Ed. 380 ff. Das *vi* war, wenn schon in der ersten Klausel (D. 47, 8, 2, 8), so erst recht neben *rapere* unnötig (Ulp. D. 47, 9, 3, 5; vgl. auch Paul. D. 12, 2, 28, 5). Es fehlt in allen (drei) Überlieferungen des Edikts (D. 47, 8, 2 pr., § 11) und wird entgegen der sonstigen Gewohnheit (s. etwa Seckel-Heumann *vis* 1 a—c) nirgends kommentiert (Lenel 381 N. 4, 382 N. 3). Die Byzantiner, denen ja das ganze Edikt „auf jede Art von *vis* anwendbar" (Lenel 380) war, können hier und da ein *vi* eingefügt, aber nicht getilgt haben. Eine derartige (unschädliche) Einfügung ist z. B. in Inst. 4, 2 pr. nachzuweisen, aus dem nicht etwa Gai. III 209 korrigiert werden darf: scharf ist die Begründung (*enim*) des Anfangssatzes nur, wenn wie dort (vgl. auch 209 i. f. und III 182) *rapit* allein steht. Gaius belehrt uns auch, daß

Fassung der zweiten Klausel wenn nicht gerechtfertigt[1]), so doch begünstigt, die Meinung auf, daß jede gewaltsame Entwendung unter das Edikt fallen müsse, weil es fürderhin nicht angehe, einen Raub, der von einem einzigen Täter unbewaffnet begangen sei, unter Außerachtlassung der Gewalttätigkeit lediglich als Diebstahl, also regelmäßig mit dem bloßen Duplum zu bestrafen. So allgemein dieses Bedürfnis nach einer Schärfung der Strafe empfunden werden mußte, so willkommen kam ihm das Quadruplum des postlukullischen Ediktes auf halbem Wege entgegen: unter wohl ungeteilter Zustimmung erstand die *actio vi bonorum raptorum* klassischen Gepräges.[2])

Aber die eigenartige Entwickelung, mit der die Klage aus dem Bezirk des *damnum datum* in den des *furtum* hinübergewechselt war, trug den Keim von Meinungsverschiedenheiten bereits in sich. So vornehmlich hinsichtlich der Ersatzfunktion der *poena.*[3]) Wer von der geschichtlichen Verwandtschaft der *actio* mit der aus der ersten Ediktsklausel entspringenden ausging und die Verwandtschaft angesichts der beibehaltenen Einheit des Edikts[4]) in die Gegenwart fortwirken sah[5]); wer weiter der Ansicht war, daß vor

wir genau nur von einer sogenannten *a. vi bonorum raptorum* sprechen dürfen (*quae appellatur* und dazu Levy, ZSSt. 36, 7), und nichts anderes sagt Ulp. D. 47, 8, 2, 17: *haec actio volgo vi bonorum raptorum dicitur.* Eine *condemnatio, quae vulgo dicitur cum taxatione* (Gai. IV 51), weist diese Worte nicht auf; in dem Interdikt, das *volgo quod legatorum appellatur* (Ulp. D. 43, 3, 1, 1), stehen diese Worte nicht beieinander (Lenel 473), ja, auch ohne *volgo* deuten derartige Hervorhebungen regelmäßig darauf hin, daß die Bezeichnung der offiziellen sedes materiae fremd war: vgl. etwa Gai. IV 71 zur *actio exercitoria* und vor allem Gai. IV 94 zur *cautio pro praede litis et vindiciarum* (Lenel, Ed. 502 N. 1); s. auch VIR. I 120, 48—51; 124, 23f., Seckel-Heumann, *volgo.* In der klassischen Sprache werden *rapere* und *vi rapere* unterschiedslos gebraucht: VIR. V 2f.; vgl. z. B. Ulp. D. 4, 2, 14, 12 und Ulp. D. 47, 8, 2, 10.

1) Vgl. vor. Note i. Anf.

2) Spätestens zu Beginn der Kaiserzeit; denn schon Labeo (Ulp. D. 47, 8, 2, 20) hat doch wohl den neuen Typ im Auge.

3) Wegen der Infamie s. unten S. 433 N. 2.

4) So heute mit Recht die meisten (Übersicht bei de Francisci, Az. pen. 57 N. 5).

5) Auf anderem (nicht sicher ermitteltem; Vermutungen bei Lenel, Ed. 26 f.) Grunde beruht die von Mommsen 660 N. 1 hier herangezogene Stellung des Edikts im Album.

jenem letzten Entwickelungsschritt die *actio* aus bewaffnetem oder gemeinsamem Raub als Unter- oder Abart der Damnumklage *rei persecutionem continebat*[1]), der mußte das auch von der neuen Klage behaupten und die *cond. furtiva* nur gegen den gleichzeitigen Dieb[2]), nicht gegen den Räuber als solchen zulassen.[3]) Wer hingegen mit jener Frontveränderung Ernst machte und sich des Zweckes bewußt blieb, dem sie diente, konnte das neue Delikt nur nach dem *furtum* orientieren und namentlich keine Folgerung annehmen, die darauf hinauslief, den Räuber milder anzufassen als den einfachen, wenn auch etwa ertappten Dieb[4]); der mußte wie die ganze Neuerung, so alle Einzelheiten unter dem Gedanken betrachten: *eum qui vi rapit furem esse improbiorem* und somit einerseits die Raubklage als *poenam tantum continens*[5]) erachten, andererseits (*odio furum*) die *condictio* gewähren, und zwar nicht bloß *ex causa furtiva* (im engsten Sinne), sondern auch unmittelbar *ex causa rapinae.*

Daß diese praktische Erwägung über die rückschauend historische den Sieg errang[6]), kann nicht wundernehmen. Aber erst Julian scheint endgültig den Ausschlag gegeben zu haben: von ihm rührt das eben zitierte Stichwort her[7]), auf ihn führt Ulpian die *condictio* gegen den Räuber zurück[8]), hinter ihm ist — von des Gaius

1) Voraussetzung einer solchen Ansicht mußte sein: a) daß in der *poena legis Aquiliae* das sachverfolgende Element schon anerkannt war (das ist denkbar; dazu Levy, Privatstrafe 23 N. 3, 148 f.), b) daß von hier aus gleiches für die Damnumklage des postlukullischen Edikts abgeleitet werden konnte (auch das ist möglich, wenngleich die Späteren, wie sie die ganze Ansicht nicht teilten, auch in diesem Punkte wohl entgegengesetzt dachten: Ulp. D. 47, 8, 2, 13; vgl. D. eod. 4, 11 und dazu Levy 4 f.).

2) Nur insoweit „ist zu allen Zeiten die *condictio furtiva* gegen den Räuber zulässig gewesen" (Pernice, ZSSt. 17, 217, Ferrini, D. p. r. 84.).

3) Die Konkurrenz der *condictio furtiva* mit der *actio vi b. r.* wäre von diesem Standpunkt aus wohl ebenso wie die mit der *actio leg. Aq.* (s. unten § 82) zu entscheiden gewesen. 4) Vgl. unten § 116.

5) Im Sinne von Levy, Privatstrafe 24 f.

6) Genau entgegengesetzt vermutet Pernice, ZSSt. 17, 218, daß mit der Umbildung zur Diebstahlsklage die Anerkennung der sachverfolgenden Funktion verbunden gewesen sei; ähnlich Ferrini, Espos. 229 und andeutungsweise Girard 416 N. 7, de Francisci 57 N. 6. Das wird schon durch das Aufkommen der *condictio furtiva* widerlegt (vgl. oben S. 429 N. 4).

7) Ulp. D. 4, 2, 14, 12; Ulp. D. 47, 8, 2, 10; vgl. ferner Gai. III 209.

8) D. 13, 1, 10, 1.

Andeutung[1]) abgesehen — jede Spur des Meinungsstreits verschwunden.[2]) Auch diese Andeutung selbst darf nicht zu der Folgerung verleiten, daß ihr Urheber gegen Julian gestimmt habe. Im Einklang mit ihm legt Gaius sich nach beiden Seiten fest: er pflichtet der Denkform vom *fur improbus* ausdrücklich bei (*recte*: III 209); er benutzt als Schlüssel zur Lösung der Streitfrage die ihm feststehende Tatsache der Zuständigkeit der *condictio* (*nam ipsius rei .... condictio nobis conpetit*[3]): IV 8); er spricht weiterhin der (selbst vorprozessualen)[4]) Sachrestitution jeglichen Einfluß auf die Raubklage ab (D. 47, 8, 5)[5]) und zeigt damit unbedingt, daß sein eigener Weg ihn zur Anerkennung der rein pönalen Funktion der *poena*[6]), also zu den *quidam* geführt haben muß.[7]) Gleichfalls unter ihnen findet sich Paulus (D. 21, 1, 43, 5)[8]) und besonders deutlich Ulpian. Indem er das Interesse des Klägers als Kondemnationseinheit ablehnt (D. 47, 8, 2, 13)[9]), entzieht er der Ersatzfunktion die unentbehrliche Grundlage[10]), und entsprechend hebt er die Existenz der spezifischen *condictio* gegen den Räuber wiederholt (D. 13, 1, 10, 1; 47, 8, 2, 27 i. f.[11])) hervor.[12]) Auch D. 47, 8, 2, 26

1) IV 8: *Poenam tantum persequimur velut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione vi bonorum raptorum; nam ipsius rei et vindicatio et condictio nobis conpetit.*

2) Verschwunden ist deshalb völlig der Zweifel an der infamierenden Wirkung (Edikt D. 3, 2, 1 pr.; Gai. IV 182), die die Klage, solange sie vom *damnum* ressortierte, nicht gehabt haben kann: vgl. Keller 602 f., Pernice, Lab. I 249 f., ZSSt. 17, 218 f.; etwas anders Karlowa II 1341, ganz abweichend Kübler, ZSSt. 28, 413.

3) Diese Worte scheinen sich nicht bloß zugleich, sondern ausschließlich auf die Raubklage zu beziehen. Von der *actio furti* sind sie durch die Erwähnung der Injurienklage getrennt; auch hatte hinsichtlich des gewöhnlichen Furtums Gaius einige Zeilen zuvor (IV 4) das Nötige bemerkt.

4) Vgl. Levy, ZSSt. 36, 42 N. 7.

5) Das *non prodest* schließt zugleich jede kumulationshemmende Betätigung eines Rechtspflegeorgans aus.

6) Hierzu Levy, Privatstrafe 140, 145 ff.

7) Weniger Gewicht ist auf das Referat über die ediktale Infamie (IV 182; oben N. 2) sowie darauf zu legen, daß die ganze Frage nicht in IV 9, sondern in IV 8 besprochen wird. 8) Dazu Levy 101 N. 6.

9) Auch auf die *rapere*-Klausel bezüglich: Lenel, Ed. 381 N. 7; vgl. Levy 138 N. 4, 143. 10) Levy 4 f. 11) Hierzu Levy 100 ff.

12) Ein leises Indiz bietet in gleicher Richtung die Stellung von Ulp. D. 47, 1, 2, 2 zwischen den §§ 1 und 3.

erwähnt sie. Aber dieses Fragment, das mit seinen nicht differenzierenden drei *vel*[1]) die disparatesten Aktionen zusammenwürfelt, dessen *furti* überflüssig[2]), dessen *damni iniuriae* falsch[3]) ist, erregt in hohem Maße Verdacht als ein Lückenbüßer, an dessen Statt der Klassiker wahrscheinlich, seiner Gewohnheit gemäß[4]), Konkurrenzen der Raubklage besprochen hat. Daß die Byzantiner hieran keinen Gefallen fanden, ist angesichts der D. 47, 2, 89 und D. 47, 8, 1 leicht zu glauben.[5])

Diese Einstimmigkeit der Überlieferung[6]) wiegt um so schwerer, als die Kompilatoren eine die reipersekutorische Funktion der *actio* vertretende Äußerung sicher gern aufbewahrt hätten. Sie selbst wenigstens betrachten die Raubklage als *actio mixta* in jenem quantitativen Sinne, der ein *simplum* als Entschädigung[7]) und nur den alsdann verbleibenden Rest als *poena* beurteilt.[8]) Der paradigmatische Satz, der in dieser Beziehung von Justinian (D. 4, 2, 14, 10) aufgestellt wird[9]), findet sich in Inst. 4, 2 pr. i. f.[10]) und Inst. 4, 6, 19 init. für unsere Klage unmittelbar verwendet.[11]) Aber auch unter falscher Flagge segelt er: Paul. D. 39, 4, 9, 5:

Quod illicite publice privatimque exactum est, cum altero tanto passis

1) Zu derartigen Aufzählungen vgl. Eisele, Beiträge 240 f., oben S. 48 N. 1.

2) Weil kurz zuvor mehrfach ausführlich berührt: D. eod. 2, 10 und D. eod. 2, 23, das insoweit echt ist: de Ruggiero, Bull. 19, 69 N. 2, Schulz, ZSSt. 32, 36 f.

3) Zwischen den *actiones legis Aquil.* und *vi bonorum raptorum* ist eine Konkurrenz nur *ex pluribus causis* möglich: unten S. 465; anders Siber 180.

4) Vgl. oben S. 287 N. 1. 5) S. unten § 116.

6) Ihr folgt denn auch die herrschende Lehre (wenngleich in verschiedenen Nuancen): Alibrandi I 199, Gradenwitz, Ungültigkeit 37, Ferrini, D. p. r. 236 N. 1, 240 N. 2, Espos. 229, Girard 416, Perozzi II 265. An die justinianische *actio mixta* glauben dagegen noch Pernice, ZSSt. 17, 218, Mommsen, Strafr. 661, Karlowa II 1342 f., Siber 172, 178 f., 180, 184.

7) Dies trotz D. 47, 8, 2, 13; vgl. auch oben S. 144 N. 5 zu c.

8) Levy 140 ff.

9) Zur Interpolation: Faber, Conj. 16, 19, Gradenwitz, Ungültigkeit 38, Lenel, Pal. II 464 N. 4, Eisele, ZSSt. 13, 119, Wlassak, R.-E. I 318, Girard 420 N. 3, Kann 47, Jörs, R.-E. V 527. P. Krüger zdSt., de Francisci, Az. pen. 84 N. 1, Biondi, Act. arbitr. I 69, Albertario, Bull. 26, 100 f.

10) Dazu Ferrini, Bull. 13, 187.

11) Weitere Verwendungen bei Levy 142 N. 1.

iniuriam exsolvitur. per vim vero extortum cum poena tripli restituitur: amplius extra ordinem plectuntur: alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat.

Schon der Anfang, der das Duplum der Publikanenklage wegen *vi adimere*[1]) in beispielloser Weise[2]) als ein *alterum tantum* der Sachverfolgung zu kennzeichnen scheint, ist nicht über alles Bedenken erhaben.[3]) Sicher interpoliert sind die folgenden Worte *per vim . . . . . restituitur.*[4]) Von vornherein konnte ein Klassiker nicht wohl die *actio vi bonorum raptorum* — denn um diese kann es sich allein handeln[5]) — gerade durch Hervorhebung der *vis* charakterisieren, die sie ja mit der Spezialklage gegen die Publikanen als Tatbestandsmerkmal gemeinsam hat.[6]) Die Wendung *cum poena restituere*[7]), die sich überdies eintönig an *cum altero tanto exsolvere* anschließt, führt die Zersetzung des *quadruplum* evident vor Augen; auch legt sie ganz wie D. 4, 2, 14, 10 die Auffassung nahe, als sei das *restituere* als solches im Wege der Verurteilung erzwingbar. Ob der Hinweis auf die *cognitio extra ordinem* echt ist, mag hier dahinstehen. Zweifel erwecken die Subjektlosigkeit des *amplius*-Satzes und die Banalität der substantivreichen Begründung; *plectere*[8]) und *vigor*[9]) sind auch sonst bei den Byzantinern beliebt.

Nach Inhalt und Ausdruck ein Zwillingsbruder des beanstandeten *restituitur*-Passus ist der in C. 9, 33, 1 (Gordian; a. 242) überlieferte Satz, nach dem die *vi bonorum raptorum actio . . . cum poena sua retrahit ablata.*[10]) Dieser Relativsatz hat mit dem übrigen Inhalt des Reskripts

1) Diese ist gemeint: s. unten S. 489 ff.

2) Keine einzige der 12 Verwendungen von *alterum tantum* (VIR. I 397) weist sonst auf ein im ordentlichen Zivilverfahren zu erzielendes Strafduplum.

3) Er ist wegen der Restitutionsklausel (D. eod. 5 pr. i. f.) streng genommen nicht einmal richtig.

4) Ebenso im Ergebnis Kann 48, Biondi, Act. arbitr. I 171 f.

5) Vgl. etwa Mommsen, Strafr. 661 N. 4, 663 N. 5, 892 N. 5, Seckel-Kübler zu Gai. IV 8. 6) Vgl. unten S. 490.

7) An *extortum* wäre kein Anstoß zu nehmen: s. auch Albertario, ZSSt. 32, 311. 8) Dazu Seckel-Heumann h. v.

9) Dazu Kalb, Jur. Lat. 82; Jagd nach Interpol. 35, der aber unser Fragment für echt erklärt. — *Publica disciplina* kommt gerade bei Paulus noch zweimal vor: VIR. II 275, 15.

10) *Extortum restituitur* = *retrahit ablata*; *cum poena tripli* = *cum poena sua.* Hierzu vgl. auch *cum sua natura* und *cum suo incremento* in D. 5, 3, 20, 4 (oben

nicht das mindeste zu schaffen und ist wohl nur eingefügt, um die Klage am Eingang des Codextitels alsbald als *mixta* zu charakterisieren. Er nimmt sich um so eigenartiger aus, als (dem Tatbestande nach) das geraubte Gut gar nicht in Geld bestand und die *condemnatio pecuniaria* daher von keinem Standpunkt aus den Eindruck hervorrufen konnte, als ob sie *retrahit ablata.*

§ 52. 3. Condictio furtiva ~ Noxalklagen.

Anhang: Die *actio rerum amotarum filiae familias nomine.*

C. 3, 41, 4 pr. (Diocl. et Maxim. a. 293):

Si servus ignorante domino vel sciente et prohibere nequeunte res tuas vi rapuit, dominum eius apud praesidem provinciae, si necdum utilis annus excessit, quadrupli, quod si hoc effluxit tempus, simpli noxali iudicio convenire potes: qui si noxae maluerit servum dedere, nihilo minus cum ipso quantum ad eum pervenit experiri non prohiberis: nam si eo conscio et prohibere valente, detracta noxae deditione conventus ad summam condemnationis solvendam omnimodo compellendus est.

Der erste Satz bespricht die Zuständigkeit der *actio vi bonorum raptorum noxalis*, der zweite die einer Klage auf *quantum ad eum* (*dominum*) *pervenit.* Das kann nur die *condictio furtiva* sein.[1]) Daß der nachklassische Kaiser sie nicht mit dem Schulnamen bezeichnet, ist nicht verwunderlich; daß er sie bloß auf die Bereicherung gibt, nur korrekt.[2]) Beide Aktionen werden, wie der Zusammenhang ersehen läßt, miteinander in die Beziehung gesetzt, daß trotz vollzogener *noxae deditio* „*nihilo minus*" die *condictio* erfolgreich geltend gemacht werden könne. Soweit darin eine Klagenhäufung zum Ausdruck kommt, sehen wir klassisches Recht fortwirken; soweit sie auf den Fall des *servum noxae dedere* beschränkt wird, tut sich ein abweichender Standpunkt kund. Für die Lösung der *eadem-res*-Frage oder für das konsumierende Eingreifen von Rechtspflegeorganen kann es im klassischen Recht grundsätzlich keinen Unterschied begründen, ob der Räuber gewaltfrei oder gewaltunterworfen

---

S. 133 N. 5), *cum sua indemnitate* in D. 4, 3, 33 (itp.: Lenel, Ed. 107, Seckel-Heumann, *cum* (praep.) g, P. Krüger zdSt., Beseler II 113).

1) Vgl. auch die Hinweise auf D. 15, 1, 3, 12 in gl. *non prohiberis* und bei Mommsen, Strafr. 755 N. 2. 2) S. unten S. 440 ff.

ist, ob letzterenfalls der Gewalthaber sich zur *noxae deditio* entschließt oder nicht. Ein derartiger Entschluß hat ausschließlich insofern einen Einfluß, als die mehrmalige *noxae deditio* desselben Menschen oder Tiers physisch und rechtlich unmöglich ist.[1]) Niemals aber tritt, wie das Reskript sagt, umgekehrt nur bei *noxae deditio* Kumulation, bei Zahlung der Litisästimation dagegen Konsumption ein: die darin liegende geringere Einschätzung der Noxalleistung gegenüber der Geldzahlung ist das untrügliche Anzeichen eines Rechtszustandes, dem das klassische Formelgebilde fremd geworden war.[2]) Ihn haben Diokletian[3]) und Justinian gemein. Die sprachlichen Indizien, die Albertario[4]) veranlaßt haben, das Stück *qui ..... prohiberis* als Kompilatorenwerk zu erachten[5]), wiegen einem nachklassischen Texte gegenüber sehr leicht; sie zerfallen vollends angesichts der aus dem Reskript entnommenen Verordnung Theoderichs (ed. Theod. 109)[6]):

Si servus aut colonus domino nesciente violenter aliqua rapiat, dominus eius intra annum in quadruplum, post annum in simplum convenietur: aut pro noxia certe, si hoc magis elegerit, ipsum servum vel colonum noverit ad poenam iudici contradendum, ita ut, quod ad eum ex ipsa servi violentia pervenisse constiterit, reddat, aut si conventus eum fugisse dixerit, executionem eius conquerenti dedisse sufficiat.

Wie Theoderich[7]) so hat demnach schon Diokletian die Bereicherungshaftung nur nach *noxae deditio* fortbestehen lassen, in dem

1) S. unten § 161. 2) Vgl. oben S. 353 f.

3) Dazu etwa Partsch, Schriftformel 120 ff.

4) Bull. 26, 118 f.; zustimmend P. Krüger zdSt. — Das Folgende bietet ein neues Argument gegen A.s Neigung, die vorjustinianische Bereicherungshaftung anzuzweifeln; dazu Levy, Privatstrafe 108 ff. und jetzt auch Rabel 471 N. 3, Wlassak, Anklage und Streitbefestigung 126 N. 5.

5) Auch *maluerit dedere* statt *dederit* ist nicht korrekt. Im Sinne von *velle* (vgl. Gradenwitz, Interp. 69, 194, ZSSt. 7, 1, 81, Kalb, Jur. Lat. 70 (bes. N. 1), 80, Seckel-Heumann, *malle* 1 und 2) steht *malle* hier überdies nicht.

6) Mon. Germ. Hist. Leg. Tom. V (ed. Bluhme). — Entstehungszeit um 500: Brunner, Dtsche RG. 2. Aufl. I 527 f., Lenel in Holtzendorff-Kohler 392.

7) Noch deutlicher vielleicht ed. Theod. 118: *si propter furtum servi dominus conventus furem ipsum magis tradere quam defendere eum in iudicio voluerit, illa etiam quae ad eum ex ipso furto pervenisse constiterit, pariter debebit exsolvere.*

quadruplum oder *simplum* der Raubklage also die Sachverfolgung mitenthalten gesehen. Für die Annahme einer vorjustinianischen Interpolation mangelt es an jedem Anhalt. Interpoliert ist erst der *nam*-Satz am Schluß. Er fehlt bei Theoderich und strotzt von Byzantinismen[1]): *compellere* = *cogere*[2]), *omnimodo*[3]), *valere* = *posse*[4]); die anstößige Ellipse des Bedingungssatzes, die das weit entfernte *servus rapuit* unterdrückt; die Hereinziehung des durch den Tatbestand gar nicht betroffenen Falles des *dominus conscius*; die Unlogik, mit der dem *noxae dedere* kein *litis aestimationem solvere*, sondern ein *detracta noxae deditione conveniri* entgegengestellt wird. Streicht man das Stück, so gewinnt das Reskript auch äußerlich an Ebenmäßigkeit: es wendet sich dann dauernd (auch im § 1) in subjektiver Stilisierung an den Adressaten.

Einen Schritt weiter gehen die Kompilatoren in dem auf das eigentliche *furtum* zurückführenden Ulp. D. 13, 1, 4:

> *Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit: in residuum noxae servum dominus dedere potest.*

Wer, von der klassischen Anschauung kommend, die Schlußworte auf die *actio furti* beziehen möchte[5]), findet in dem Fragment nur wenig Unterstützung: weder wird diese *actio* namentlich erwähnt, noch fungiert sie jemals *in residuum* dessen, was die *condictio* übrig läßt. Noch weniger darf an eine *condictio furtiva noxalis* gedacht werden.[6]) Eine solche Rechtsfigur steht mit dem sachverfolgenden

---

1) Auch das *nam si* zur Bezeichnung des Gegensatzes will beachtet sein: vgl. dazu Kalb, Jur. Lat. 63 f., Wegweiser 121.

2) Eisele, ZSSt. 7, 28, Kalb, Jur. Lat. 79.

3) Eisele, Beitr. 240, Seckel-Heumann h. v. i. f.; vgl. ferner etwa D. 2, 14, 7, 16; 4, 2, 14, 10; 6, 1, 27 pr., § 1; 40, 8, 8.

4) Kalb, Jur. Lat. 80 N. 6, 82.

5) So Savigny, Syst. V 562 f., Dernburg, Pand. II § 139 N. 2, Girard 412 N. 1 (vgl. schon Nouv. rev. hist. 11, 416 N. 1 a. E.) und wohl auch Bekker, Akt. I 305, II 123 N. 42, Pernice, Lab. I 132, v. Mayr, Condictio 78, 401 f., v. Koschembahr-Lyskowski, Condictio 234 f.; weitere Lit. bei Solazzi, Bull. 11, 137 N. 3.

6) So Zimmern, Noxalklagen 52 N. 70, Windscheid, Pand. II §§ 359 N. 14, 425 N. 4, Solazzi, Bull. 11, 134 ff., bes. 137 f.; 17, 234; Pampaloni, Studi Senesi 16, 226 ff.; 17, 159 N. 38, Zanzucchi, Riv. 42, 46 N. 2; 47, 18 N. 5, Siber 47, Perozzi II 264 N. 3 a. E., Biondi, Act. arbitrariae I 189; zweifelnd v. Tuhr, Actio de in rem verso 163 N. 32.

Charakter des Kondiktionentypus in schärfstem Widerstreit und ist in der Überlieferung nicht zu entdecken.[1]) Das Reskript C. 4, 8, 1[2]) und das vom pönalen *interdictum unde vi* handelnde D. 43, 16, 1, 15[3]), die man herangezogen hat[4]), böten selbst dann keinen Beweis, wenn man ihren Text für echt nehmen wollte. Ulp. D. 47, 1, 2, 3 i. f. betrifft die *condictio* gleichfalls nicht.[5]) Nicht einmal unser fr. 4 liefert, näher betrachtet, einen Anhalt: eine auf die Bereicherung unbedingt und nur auf den Rest alternativ-noxal gerichtete Formel wäre ja beispiellos.

Die klare Lage der Quellen gestattet sogar die Behauptung, daß auch den Byzantinern eine noxale *condictio furtiva* weder geläufig noch überhaupt erwünscht war.[6]) Sie stehen hier bekanntlich durchaus noch auf dem klassischen Standpunkt der reinen Pönalfunktion der *actio furti*[7]) und projizieren dementsprechend die *condictio furtiva* da, wo sie von ihr allein reden, auf den Gewalthaber allenfalls *de peculio.*[8]) Die nähere Beziehung, die bei ihnen die Noxalität zur *condictio furtiva* gewann, ist ausschließlich daraus zu erklären, daß infolge der Zertrümmerung der einheitlichen *actio* (im prozessualen Sinn) die nun materiell gewordenen Ansprüche, wie sie sich hinter den Namen *actio furti* und *condictio furtiva* verbargen, in einem und demselben Prozeß geltend gemacht werden konnten: so verstehen sich die Embleme, nach denen im Falle des *furtum familiae* (D. 9, 4, 31; 47, 6, 2) der Wert der *noxae* übereigneten Sklaven auch auf die Kondiktionssumme angerechnet werden soll[9]); so allein versteht sich das fr. 4 cit., nach dem unter dem Dach des einen, technisch gar nicht benannten Rechtsstreits die auf die Bereicherungshaftung begrenzte *condictio* und die noxale *actio furti* sich

1) Vgl. Levy, Priv. 4 N. 1. 2) Dazu oben S. 284 f.

3) Die Besserungsvorschläge von Mommsen zdSt. und Lenel, Ulp. Nr. 1524 reichen nicht hin. Vgl. vielmehr Beseler II 112, III 63, s. auch **Kalb**, Wegweiser 67, Albertario, Rend. del Ist. Lomb. 46, 306.

4) So Windscheid und Solazzi a. a. O. 5) S. unten § 161.

6) Erst bei dem Anonymos, schol. Σημείωσαι zu Bas. 60, 10, 4 (Heimb. V 427) erscheint die *condictio furtiva* als τρόπον τινὰ μίξτα; viel vorsichtiger noch Stephanos, schol. ἐνάγεται (Heimb. V 428) bei den Worten: καὶ ἀρχὴν λαβὼν τοῦ ἐνάγεσθαι . . .

7) S. etwa Inst. 4, 6, 18; vgl. auch ibid. 4, 8, 4.

8) D. 13, 1, 19 (unten S. 452 f.); D. 15, 1, 3, 12 (unten S. 446 N. 5).

9) Vgl. oben S. 342 N. 4, 343 N. 5.

einträchtig zusammenfinden. Denn wollte man *in residuum*[1]) nicht von der *poena furti*, sondern von der (gar nicht notwendigen) Differenz zwischen Schadensersatz und Bereicherung begreifen, so fiele die auch nach tribonianischer Auffassung kumulativ daneben zustehende *actio furti* ins Leere. Die beiden *iudicia*, die noch C. 3, 41, 4 pr. deutlich auseinanderhält, sind im fr. 4 cit. in einen Prozeß zusammengezwungen.[2])

So denken die Byzantiner[3]); was aber meinte Ulpian? Schon längst hat man beobachtet, daß der Haussohn nur im Tatbestand, nicht in der Entscheidung begegnet. Diese Unstimmigkeit zu beseitigen, sind beide denkbaren Lösungen versucht worden. Faber[4]) und P. Krüger[5]) wollen *vel filius familias* tilgen, Lenel[6]) und Solazzi[7]), die den Grund der Interpolation in dem Untergang der *noxae deditio* des Haussohns erblicken, ersetzen umgekehrt am Schluß *servum* durch *eum*. Die letztere Vermutung scheitert an der Beziehungslosigkeit eines solchen *eum* und mehr noch an dem zweimaligen *dominus* (—*o*), dem kein *pater* zur Seite steht. Hat die erstere mehr Aussicht?

Der einzige sichere Inhalt des Fragmentes, die Befürwortung einer *condictio furtiva* auf *id, quod ad eum pervenit*, geht, wie Ulpian in genau demselben Zusammenhang (D. 15, 1, 3, 12) mitteilt, auf die Erwägung des Labeo zurück, daß *iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari* [*impune*][8]). Daraus erhellt mit Bestimmtheit — und es wird obendrein durch die in der Lehre der Erbenhaftung bei Pönalklagen gemachten Beobachtungen im einzelnen bestätigt[9]) —,

---

1) *In residuum* kommt übrigens in den Dig. nur noch an 2 Stellen vor (VIR. V 167, 46 ff.), von denen die eine (D. 19, 1, 13, 7 i. f.) heute einstimmig als interpoliert erkannt ist. Vgl. ferner Just. C. 8, 33, 3, 5 a i. f.: *in residuo habeat integram actionem* und überhaupt Seckel-Heumann h. v. 1.

2) Dagegen ist das fr. 4 klassischer als das Reskript, insofern es den Erfolg der Bereicherungsklage wohl nicht davon abhängig macht, daß der Beklagte sich für *noxae deditio* entscheidet: es kommt hier vielleicht ein Unterschied zwischen der dauernd pönalen *actio furti* und der *mixta* gewordenen Raubklage zum Vorschein.

3) Mit deren Eingreifen rechnen bereits Savigny, Syst. V 563, Baron, Die adjektiz. Klagen 19 N. 8, v. Tuhr a. a. O. 163 N. 32.

4) Ration. adhl. (III 409). 5) ZdSt.

6) Ulp. Nr. 2873. 7) Bull. 11, 137. 8) Dazu unten S. 446 N. 6.

9) Levy, Priv. 89 ff., bes. 98 ff., 105 f.

daß die Bereicherungshaftung nur da eingreift, wo es ohne sie nach allgemeinen Sätzen an einer Haftung überhaupt fehlen würde. Diese Voraussetzung ist, was zunächst den *servus* betrifft, in unserem Falle in der Tat gegeben. Eine Haftung des Dominus *ex delicto servi*[1]) in voller Höhe kommt unstreitig nicht in Frage; gerade für das *furtum* versteht sich das noch aus besonderen Gründen (Paul. D. 13, 1, 5). Die noxale Haftung entfällt gleichfalls. Nicht minder aber die pekuliare. Zwar dehnte man den Begriff des *negotium gestum* (D. 15, 1, 1, 2) notgedrungen aus[2]), so weit, daß man ihm nicht bloß das *pactum de recepto*[3]) und *iurisiurandi*[4]), sondern auch (in Ansehung des dritten Erwerbers) die vom *libertus in fraudem patroni* (*actio Fabiana*)[5]) oder die vom Erpresser (*actio qu. metus ca.*)[6]) veranlaßten Manzipationen, ja sogar die Amtstätigkeit des Duumvirn (*actio subsidiaria*)[7]) und das Hazardspiel[8]) unterstellte. Das reine Delikt aber war immer das Widerspiel des *negotium.*[9]) Versagte Ulpian schon in Ansehung des *servus habitator* die pekuliare *actio de effusis vel deiectis*, *quia non est ex negotio gesto*, selbst auf die Gefahr, daß der Geschädigte ohne Rückgriff blieb[10]), so konnte er hinsichtlich des *servus fur* erst recht nicht von der Regel abweichen, daß *ex poenalibus causis non solet in patrem*[11]) *de peculio actio dari* (D. 50, 17, 58). Gerade die *condictio furtiva de peculio* hat auch Paulus (D. 13, 1, 5) im Auge, wenn er jede Diebeskondiktion, die sich nicht gegen den Täter oder seinen Erben richtet, von vornherein verpönt.

---

1) Zur *causa* der *condictio furtiva*: oben S. 279 N. 6.

2) Der klassische Grundsatz wird noch von Stephanos, schol. Κυρίλλου zu Bas. 60, 10, 5 (Heimb. V 429) nachgesprochen: ἡνίκα γὰρ μὴ ἀπὸ συναλλαγμάτων ἐστὶν ἡ ἐναγωγὴ κατὰ τοῦ παιδός, οὐκ ἐνάγεται ὁ πατὴρ δὲ πεκουλίῳ.

3) Ulp. D. 4, 9, 3, 3 (Levy 30 f.). 4) Paul. D. 12, 2, 22 (Levy 32).

5) Ulp. D. 38, 5, 1, 22 (Levy 77 ff., bes. 80 N. 1). 6) Levy 78.

7) Ulp. D. 27, 8, 1, 17; 15, 1, 3, 13 (Levy 45); vgl. auch *negotium* in Paul. D. 11, 6, 4 und dazu Levy 58.

8) So ausdrücklich Paul. D. 11, 5, 4, 1.

9) Vgl. Mitteis, RPR. I 148 N. 39. Seckel-Heumann, *peculium* S. 412 a. E.

10) Ulp. D. 9, 3, 1, 8; der Schlußsatz ist unecht: Levy 45 N. 1. — Eine Bereicherung ist hier nicht denkbar. Vgl. auch den Anonymos, schol. Ἀνωνύμου (Heimb. V 326).

11) Oder *in dominum.* Die entsprechende Anwendbarkeit steht außer Zweifel: vgl. die eben N. 8 und 10 angeführten Stellen sowie die Gleichsetzung beider Fälle in den Fragmenten oben N. 3—5.

Deshalb ist es nicht wohl möglich, daß derselbe Paulus *filiae familias nomine* eine *condictio in peculium* (D. eod. 19)[1]) und daß, wiederum anders, derselbe Ulpian eine auf die Bereicherung beschränkte *condictio de peculio* (D. 15, 1, 3, 12) empfohlen haben soll. Zur Beschränkung *de peculio* paßt in der ja auch sonst reichlich auffälligen Ulpianstelle[2]) weder das dort dem Labeo entlehnte Postulat[3]) noch die Tatsache, daß ein deliktischer Erwerb *nec peculii causam adprehendit.*[4])

Hätte man sich bei dem so sich ergebenden Mangel jeglicher Haftung beruhigt, so wäre damit die dauernd abgelehnte Ersatzfunktion der *poena furti* anerkannt gewesen und das auf einem

---

1) Dazu unten S. 452 f.

2) Dazu unten S. 446 N. 3. 6.

3) Von Labeos treffendem Grundsatz aus bleibt das *peculium* in jedem Belang außer Betracht: sein Bestehen sowohl wie die (den Klassikern gar nicht verständliche: s. folgende Note) Frage, ob die Bereicherung ins *peculium* oder ins *patrimonium* gelangt ist; im Ergebnis ebenso die herrschende Meinung (Mandry II 243, Baron, Adjekt. Kl. 21 ff., Pflüger, Condictio und kein Ende 35 gegenüber v. Tuhr 162 ff., von Koschembahr-Lyskowski, Condictio II 235). Über die von v. Tuhr herangezogenen Stellen s. folgende Note; auch der korrigierende, mit dem *quia*-Satz nicht verträgliche Schluß (*sed non* . . . .) von D. 11, 5, 4, 1 ist unecht. v. Tuhr selbst vermag mit der auf die „Vergrößerung des Pekuliums" beschränkten adjektizischen Haftung nicht auszukommen, sondern vermutet subsidiär „eine direkte *condictio* gegen den Herrn". Aber diese besondere *condictio ob iniustam causam* ist weder bezeugt noch innerlich plausibel; das in meiner Privatstrafe 92 f. angeführte Argument ist entsprechend zu verwenden.

4) Javol. D. 41, 2, 24 i. f. Diese Tatsache, die die Basiliken 50, 2, 23 (Heimb. V 51) mit ὅ μέντοι ἀπὸ κλοπῆς ἔσχεν, οὐκ ἔστιν ἐν πεκουλίῳ knapp wiedergeben, ist für das klassische Recht sicher (Pernice, L. II 1, 418, Riccobono, ZSSt. 31, 356 ff.), wenngleich fr. 24 Veränderungen aufweist. Die entgegenstehende Behauptung (D. 47, 2, 68, 4 i. f.): *plerumque* (!) *enim* (?) *eius generis servorum* (vgl. etwa D. 4, 9, 3, 1: dazu Levy 30 N. 6) *furtis peculia eorundem* (!) *augentur* ist wie der voraufgehende Finalsatz interpoliert. Das gleiche gilt von dem Stück *aut eatenus* . . . . . *fuisset* in Afr. D. 19, 1, 30 pr., das mit dem im Tatbestand vorausgesetzten Untergang der Sache in unheilbarem Widerspruch steht und den scharfen Gegensatz *licet — tamen* verwässert (zutreffend Solazzi, Bull. 17, 235 f.). Die Unterscheidung v. Tuhrs 162 ff. (bes. 164 N. 34), ob die *res furtiva* selbst oder nur noch ihr Wert beim *servus* ist, ist den das *peculium* betreffenden Quellen (zu denen D. 40, 7, 3, 9 und D. 41, 1, 37, 2 nicht gehören) fremd: vgl. z. B. D. 15, 1, 3, 12; 18. 1, 29; 25, 2, 3, 4 i. f.; eod. 4; eod. 5.

Gebiete, auf dem die Möglichkeit der *noxae deditio* eine Gewähr dagegen, daß der *dominus* sich auf Kosten des Bestohlenen bewußt bereicherte, durchaus vermissen ließ.[1]) Nichts ist also begreiflicher als die Bereicherungshaftung, wie sie Ulpian im 43. Buch ad Sabin. (D. 18, 1, 29 i. f.)[2]) und zwei Bücher zuvor in D. 13, 1, 4 zum Ausdruck bringt.

Grundsätzlich anders liegt es beim *filius familias*, weil es hier an einer Haftung nicht gebricht.[3]) Der Sohn ist selbst belangbar und mit seiner Person der Vollstreckung ausgesetzt[4]), deren Bevorstehen den Vater oft genug zur „freiwilligen" Erfüllung der Judikatsschuld veranlaßt haben wird. Da insoweit jedoch das Recht der *actio furti* und das der *condictio furtiva* übereinstimmten, so hatte der Vater es — mindestens theoretisch — in der Hand, die von der Rechtsordnung gewollte Kumulation beider Aktionen dadurch zu durchkreuzen, daß er es zur *ductio* des auf die eine Klage hin verurteilten Sohnes kommen ließ oder auch, falls die *a. furti noxalis* gegen ihn selbst erhoben war, den Sohn *noxae* dedierte. Jeder weiteren Vollstreckung war damit der Erfolg abgeschnitten.[5]) Diese Schwierigkeit konnte erst beseitigt werden, seitdem es dem Marcellus[6]) gelungen war, mit Hilfe der Denkform *sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi* die *iudicati velut obligatio* als Abart einer Geschäftsschuld der Pekuliarhaftung zugänglich zu machen. Denn wenn nun der Bestohlene *condictione furtiva* die Verurteilung des Sohnes erwirkte und daraufhin *iudicati actione de peculio* gegen den Vater vorging, so blieb ihm die *actio furti* nach jeder Richtung hin *integra*. Auf solche Weise war dem Geschädigten durchgreifend geholfen; und wenn schon das *condictione teneri* des *filius ipse* das Eingreifen der subsidiären Bereicherungshaftung ausschloß, so war nunmehr für sie vollends kein Raum.

Übrigens ist die Vermutung nicht von der Hand zu weisen, daß die Ausdehnung der *actio iudicati de peculio* auf Deliktsschulden im

1) Vgl. v. Tuhr 161 f.

2) Dazu Schulz, Sabinusfragmente 86. — Abweichend v. Tuhr 165 f.

3) Ausnahme: Tod des Sohnes (s. unten S. 451 N. 5).

4) Seckel, Haftung de peculio und de in rem verso (Festschr. f. Bekker; S.-A.) 4 f.

5) Höchstens die *ductio* ließ sich noch zur *noxae deditio* steigern.

6) D. 15, 1, 3, 11 (Seckel 5 ff.).

Recht der *condictio furtiva* wurzelt und niemals allgemeine Geltung gewonnen hat. Hätte, wie die herrschende Lehre meint[1]), mittels der Denkform des Marcellus eine jede Deliktsschuld pekuliar werden können, so wäre es nicht lebendiges Recht, sondern schlimme Buchstabenjurisprudenz, was uns aus dem ulpianischen *ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari* (D. 50, 17, 58) entgegenblickt. Es wäre unverständlich und einfach falsch, wenn noch Gaius, Ulpian und Paulus nichts davon wissen wollen, daß *nequitiam eorum* (scil. *filiorum familias servorumve*) *ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse* (Gai. IV 75).[2]) Ja, es wäre die Befugnis zur *noxae deditio* „nahezu illusorisch" gewesen.[3]) Und diese Durchbrechung des Noxalprinzips wäre aus Gründen geschehen, denen man durchschlagende Kraft schwerlich zuerkennen kann: die Verwirklichung des angeblichen „Bestrebens, die *noxae datio* des Hauskindes praktisch einzuschränken"[4]), wird man doch nicht in die Hand des Gläubigers gelegt haben, der sich selbstverständlich jeweils nur von seinen eigenen Interessen leiten ließ. Daß man aber, bloß um den Gläubiger besser zu stellen, ihm ein Wahlrecht zwischen noxaler und pekuliarer Haftung eingeräumt hätte, ist um so weniger wahrscheinlich, als man solchenfalls (auf irgendeinem Wege) für das Delikt des *servus* eine entsprechende Konsequenz hätte ziehen müssen.

Alle diese Hindernisse schwinden, sobald man die *condictio furtiva* allein ins Auge faßt: der Grund für die Einführung der pekuliaren Judikatsklage ergab sich uns von selbst; das *solere*, mit dem Ulpian in D. 50, 17, 58 und D. 39, 2, 7, 1[5]) arbeitet, gewinnt Farbe. Vor allem aber begreift sich die unmöglich zufällige Tatsache, daß die beiden einzigen Stellen, die von jener Pekuliarhaftung berichten, in engstem Zusammenhang mit Ausführungen stehen, die der *con-*

1) Mandry, Fam.-Güterr. II 244 ff., Koschaker, Transl. iudicii 186 ff., ZSSt. 29, 511 ff., Seckel 6 ff., Duquesne, Transl. iud. 209 N. 1.

2) Echt, auch wenn Beseler III 64 die Worte als „nichtige Redensart" kurzerhand eliminiert. Daß in der Kompilation keine derartige Äußerung den Haussohn nennt, versteht sich. Immerhin ist in Ulp. D. 39, 2, 7, 1, wie der Gegensatz *quae anima carent* lehrt, das *animalia* sehr weit zu fassen (anders VIR. I 445, 17). Ferner s. Ulp. D. 9, 4, 2 pr. und Paul. D. 2, 10, 2 (bis *careat* trotz Beseler III 90 f. sicher echt). 3) Pernice, Lab. I 132 f.

4) Koschaker, Transl. iud. 191, ZSSt. 29, 511 N. 1, Duquesne a. a. O.; dagegen Seckel 7 N. 8 a. E. 5) Dazu oben N. 2.

dictio furtiva gewidmet sind: Ulp. D. 15, 1, 3, 11. 12 und Lenel, Ulp. Nr. 2873 [= D. 13, 1, 4 + D. 5, 1, 57 + D. 9, 4, 35]. Und das, obwohl die Kompilatoren nachweislich[1]) bemüht gewesen sind, den Zusammenhang zu verschleiern. Ihrem Zwecke, für die überlebte Noxalhaftung des Vaters Ersatz zu schaffen, machten sie wahllos alle Rechtsbehelfe nutzbar, die nur irgendwie tauglich zu sein schienen: die Pekuliarhaftung wurde verallgemeinert[2]) und sogar von ihrem Ausgangspunkt, der Streitbefestigung, losgelöst[3]); auch die dem Sklavenrecht eigentümliche Bereicherungshaftung zog man heran[4]) und trug so, indem man sie mit der Pekuliarhaftung vermengte[5]), umgekehrt wieder die letztere in das Sklavendeliktsrecht hinein. Die Verselbständigung und Generalisierung klassischer Erörterungsteile und die Gleichsetzung von *filius* und *servus* waren der Ausdruck dieser Tendenzen. Die unmittelbare gedankliche Verbindung[6]) zwischen D. 13, 1, 4 und den übrigen Stücken von Lenel, Ulp. Nr. 2873[7]) wäre hergestellt und manche weitere Schwierigkeit behoben, wenn Ulpian geschrieben hätte: *Si servus*[8]) *furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit.*[9]) *⟨Filio familias vero (ex furtiva causa) ipsi condici potest*[10]): *nam⟩ ex delictis ⟨sicut⟩ ex contractibus in ⟨eum⟩ competit actio*[11]), *et si condemnatus*

1) Vgl. die Zertrennung des einheitlichen Ulp. Nr. 2873 und die unstreitige Verfälschung von D. 15, 1, 3, 12.

2) Durch Verpflanzung von Ulp. Nr. 2873 in die Titel 5, 1 und 9, 4.

3) D. 15, 1, 3, 12; im Ergebnis ähnlich D. 13, 1, 19 (dazu unten S. 452 f.).

4) D. 13, 1, 4.

5) D. 15, 1, 3, 12.

6) Geleugnet von Koschaker, Transl. iud. 180 N. 1.

7) Zu diesen letzteren im übrigen namentlich Seckel 44 N. 2.

8) *vel filius familias*: ein aus dem Folgenden entnommener, durch die Gleichmachungstendenz hervorgerufener Fremdkörper (vgl. oben S. 440 N. 4, 5).

9) Der byzantinische (s. oben S. 438 ff.) *in-residuum*-Satz soll als Gegengewicht gegen das nivellierende *vel filius familias* den grundsätzlichen Differenzpunkt ans Licht stellen.

10) Dieses Zwischenstück wird durch den Gedankengang unbedingt gefordert; vgl. den parallelen Anfang von D. 15, 1, 3, 12. Den Kompilatoren wurde es durch Paul. D. 13, 1, 5 entbehrlich.

11) War dies die Fassung, so begreift es sich, warum in D. 9, 4, 35 init. *ex delicto* fehlt (vgl. Koschaker, Transl. iud. 181 f., Seckel 7 N. 1, Duquesne 207 N. 1); es zu tilgen, hatten die Kompilatoren keinen Anlaß.

fuerit, iudicatum facere[1]) *debet*[2]) . . . . Und genau der gleiche Gedankengang führt das schwer gefälschte[3]) Ulp. D. 15, 1, 3, 12 der Gesundung entgegen, wenn es in Anknüpfung an den § 11 etwa geheißen hätte: *⟨Ita agitur, si⟩ ex furtiva causa filio familias condici⟨tur⟩. an vero* (oder *etiam?*) *in dominum ⟨servi⟩ de peculio ⟨actio⟩ danda ⟨sit⟩, quaeritur.* ⟨. . .[4])⟩ *et est verius, in quantum locupletior dominus factus ⟨sit⟩ ex furto facto, actionem* (*condictionem?*)[5]) *dandam: idem Labeo . . . locupletari*[6]).

Das einzige Bedenken gegen den beschränkten Geltungsbereich der deliktischen *actio iudicati de peculio* liegt in der allgemeinen Ausdrucksweise des D. 15, 1, 3, 11. Aber es fällt weg, wenn man beachtet, daß das bei der *condictio furtiva* zum Durchbruch gekommene Verfahren sehr wahrscheinlich auf solche Pönalklagen ausgedehnt worden ist, bei denen ein gleiches Bedürfnis bestand, weil der Vater aus allgemeinen Gründen weder der Noxal- noch der

---

1) Seckel 5 N. 2 vermutet statt dessen *duci*; anders Duquesne 207 N. 1.

2) Die von Schulz, Sab.-Fragm. 81 angeschnittene Frage, ob insoweit nicht Sabinus spreche, wird durch die obige Rekonstruktion nicht berührt.

3) Von den bei v. Mayr, Condictio 80 ff. aufgeführten Indizien greift neben den fehlerhaften Modi und Tempora vor allem die Beobachtung durch, daß der *filius familias* im ersten Satz das Feld allein beherrscht, im zweiten es sich mit dem *servus* teilt, vom dritten ab aber gänzlich verschwindet (s. auch Levy, Sponsio 55 N. 2). Am ehesten wäre das erklärt, wenn, wie im Text angedeutet, ursprünglich der *filius-familias*-Satz sich auf die Erörterung des § 11 zurückbezogen und das Folgende ausschließlich vom *servus* gehandelt hätte. Mit ihrem *constat* hätten dann in ihrer oben gekennzeichneten Absicht die Byzantiner die Grenzlinie verschoben. S. im übrigen auch Levy, Privatstrafe 116 N. 2 und neuestens Wlassak, Anklage und Streitbefestigung 141 N. 47.

4) Hier werden Ausführungen, vielleicht Zitate, ausgefallen sein.

5) *de peculio*: Trib.; vgl. auch denselben Ulpian D. 13, 1, 4 und oben S. 442 N. 3. 4, unten S. 448 N. 1.

6) *impune*: Trib. (vgl. auch unten S. 448 N. 2). Weder die gewöhnliche noch gar die auf die Bereicherung eingeschränkte (vgl. etwa D. 4, 3, 29) *cond. furtiva* hat Strafcharakter; vgl. auch die in Privatstr. 92 N. 3 angeführten Stellen. Aber die Kompilatoren focht das nicht an; s. das *impune* in Inst. 3, 23 pr. oder D. 26, 7, 61 i. f. (insoweit zutreffend Schulz, ZSSt. 27, 128, Beseler III 188); vgl. allgemein auch oben S. 315 N. 4 a. E. — Wegen des Schlußsatzes von D. 15, 1, 3, 12 unten S. 451 f. — Das in denselben Zusammenhang gehörige (Lenel, Ulp. Nr. 851) D. 43, 16, 16 läßt einen Schluß auf die *cond.*

Pekuliarhaftung unterworfen werden konnte: so z. B. auf die *actio de effusis vel deiectis*, deren Behandlung in Gai. D. 44, 7, 5, 5 i. f. und Ulp. D. 9, 3, 1, 7 eine derartige Lösung überaus wahrscheinlich macht[1]), und wohl auch gegenüber dem *filius familias iudex qui litem suam fecit* (Inst. 4, 5, 2 i. f.).[2])

Wie dem aber auch sei: so gut wie sicher scheint mir, daß das *servus*-Fragment D. 13, 1, 4 und die *filius*-Fragmente D. 5, 1, 57 und D. 9, 4, 35 dem Sinne nach in der angedeuteten Weise miteinander in Verbindung zu bringen sind. Zu den dargelegten inneren Gründen für die Verschiedenartigkeit der Haftung von *dominus* und *pater* tritt als ein entscheidendes äußeres Argument die in zahlreichen Basilikenscholien erhaltene Lehrmeinung der byzantinischen Jurisprudenz, die schon deshalb, weil sie von dem offiziellen Standpunkt Justinians so merklich abweicht, nur aus klassischen Quellen geschöpft haben kann. Aus der Fülle sprechendster Zeugnisse[3]) sei wenigstens von der παραγραφή des Stephanos[4]) zu unserem fr. 4 ein Stück wiedergegeben:

Ἐνάγεται δὲ ὁ δεσπότης οὐ τῷ κατὰ κανόνας φουρτίβῳ κονδικτικίῳ· μόνος γὰρ ὁ τὴν κλοπὴν αὐτουργήσας καὶ ὁ κληρονόμος, καὶ ὁ διάδοχος αὐτοῦ ὑπόκεινται τῷ κατὰ κανόνας φουρτίβῳ κονδικτικίῳ· ἀλλὰ τῷ *ex bono et aequo* φουρτίβῳ· οὔτε γάρ ἐστι δίκαιον, τὸν τοῦ οἰκέτου δεσπότην ἐκ τῆς ἑτέρου ζημίας κέρδος ἑαυτῷ περιποιεῖν, . . . καὶ μὴ ἐναντιωθῇ σοι τὸ κείμενον ἐν τῷ δ'. βιβ.

---

furtiva nicht zu, ganz abgesehen davon, daß sein Inhalt seit alters (Glosse zdSt., Savigny, Besitz 7. Aufl. 443 N. 2 mit Note Rudorffs daselbst S. 704 f.) streitig ist. Sein Sinn ist aus dem Interdiktsrecht abzuleiten; unzutreffend Albertario, Rend. del Ist. Lomb. 46, 307. Näheres gehört nicht hierher.

1) So auch der Anonymos in schol. οὕτως zu Bas. 60, 4, 1, 7 (Heimb. V 327).

2) Wohl etwas zu skeptisch (vgl. D. 44, 7, 5, 4. 5) Levy, Privatstr. 51.

3) Stephanos in schol. ἐνάγεται (Heimb. V 428), schol. Κυρίλλου i. f. (V 429), schol. Ἐρώτησις (V 429) und die neueren Scholien Ὅταν ἀκόδστης und Ἀλλ' ἐπί (V 427 f.); besonders zu D. 15, 1, 3, 12 hinsichtlich des *servus*: Stephanos, schol. ἐνάγεται cit. und das Zitat von D. 13, 1, 4 in schol. 19 (Zach. suppl. 207), hinsichtlich des *filius* vgl. den in schol. 19 zu Bas. 60, 4, 1, 7 (Heimb. V 327) angeführten παλαιός.

4) Über die grundsätzliche Zuverlässigkeit des Stephanos (teilweise gerade im Hinblick auf Ulpians *libri ad Sabinum*) Ferrini, Studi Bologna 83 ff., bes. 85, Lenel, ZSSt. 12, 3 f., Riccobono, Bull. 18, 216 ff., Mél. Fitting II 486.

τοῦ παρόντος συντάγματος, τιτ. α΄. πρὸς τῷ τέλει τοῦ γ΄. διγ. (= D. 15, 1, 3, 12). καὶ ἐκεῖ γὰρ εἰπὼν ὁ Οὐλπιανός, ἐνάγεσθαι φουρτίβῳ κονδικτικίῳ τὸν τοῦ οἰκέτου δεσπότην εἰς τὸ περιελθὸν εἰς αὐτόν[1]), καὶ εἰδώς, ὅτι παρὰ κανόνας δέδωκε τὸν τοιοῦτον κατ' αὐτοῦ κονδικτίκιον, ἐπήγαγε λέγων, ὅτι δίδοται ὁ κονδικτίκιος, ἐπειδὴ ἄδικόν ἐστιν, ἐκ τῆς τοῦ οἰκέτου κλοπῆς πλουσιώτερον αὐτοῦ γίνεσθαι τὸν δεσπότην[2]) . . . .[3]) τοῦτο δὲ οὐκ ἔστιν εἰπεῖν ἐπὶ τοῦ προσώπου πατρός· κἂν γὰρ εἴπῃς κερδαίνειν τὸ περιελθὸν εἰς αὐτόν, ὅμως οὐκ ἐκ τῆς ἑτέρου ζημίας, ἐπειδὴ μηδὲν ζημιοῦται ὁ τὴν κλοπὴν ὑποστὰς δυνάμενος κατὰ τοῦ ὑπεξουσίου κινεῖν εἰς ὁλόκληρον, ..., καὶ λοιπὸν καταδίκης γινομένης, κινεῖται κατὰ τοῦ πατρὸς ἢ ἰουδικάτι δὲ πεκουλίῳ. · · ·[4]) τοῦτο δὲ οὐκ ἔστιν εἰπεῖν ἐπὶ τοῦ οἰκέτου · · ·[5]) μὴ ἀντιπέσῃ δέ σοι ιθ΄. διγ. τοῦ παρόντος τιτ. (= D. 13, 1, 19) . . . . —

Damit berührt Stephanos den Bereich der *actio rerum amotarum*, deren auch hier, um das Gesagte gegen Anfechtung zu sichern, in möglichster Kürze gedacht werden muß. Wären die für die *condictio furtiva* geltenden Rechtssätze in das Recht der verwandten[6]) Ehegattenklage einfach zu übernehmen gewesen[7]), so hätte man angesichts der Prozeßunfähigkeit der Haustochter[8]) zu den für den Sklaven eingreifenden Erwägungen und damit zu einer bloßen Bereicherungshaftung des Vaters kommen müssen. Sehr einnehmend war jedoch ein solches Ergebnis von vornherein nicht: was bei der *condictio* die daneben bestehende noxale Strafklage erträglich machte, mußte hier dürftig und unzureichend erscheinen. Viel ansprechender

1) Von einem Zusatz *de peculio* weiß Stephanos also nichts!

2) Also kein *impune*!

3) Es folgt eine weitschweifigere Wiederholung und ein Eingehen auf den Schluß von D. 13, 1, 4 (vgl. oben S. 439 N. 6).

4) Die hier folgende Paraphrase beginnt mit der durch *vel filius familias* (D. 13, 1, 4) erzwungenen falschen Harmonisierung, daß τὸ περιελθὸν εἰς τὸν πατέρα zum *peculium* gerechnet werde; entgegengesetzt etwa Anon., schol. τοῦ Ἀνων. zu Bas. 28, 11, 5 (Heimb. III 301).

5) Es folgt nochmals eine Wiederholung.

6) Levy, Privatstr. 114 ff.

7) So die herrschende Lehre; s. etwa Solazzi, Bull. 11, 140.

8) *iudicio legitimo*, das überall vorauszusetzen ist. Zur Verpflichtungsunfähigkeit (aus Rechtsgeschäften): Girard 466 N. 4, Rabel, RPR. 411; zur Prozeßunfähigkeit: Ulp. reg. 11, 27 und namentlich Ulp. D. 13, 6, 3, 4; dazu Solazzi 141, 155 ff.

wäre, dem sachverfolgenden Charakter der *actio* gemäß[1]), die unmittelbare[2]) Pekuliarhaftung des Vaters gewesen. In der Tat ist sie zugelassen worden, aber mit welcher Begründung?

Einen Fingerzeig gibt vielleicht der auffällige Umstand, daß Paulus da, wo er die *actio de peculio* empfiehlt (D. 25, 2, 3, 4)[3]), sich auf zwei selten genannte Juristen (Mela und Fulcinius) beruft, von denen der erste gute 200 Jahre zuvor geschrieben hatte.[4]) Sollten die beiden Juristen nicht zu denen gehört haben, die, wie derselbe Paulus (D. eod. 1) mitteilt, den deliktischen Ursprung der *actio rerum amotarum* verneinten, weil die Frau *quodammodo domina* des Ehegattenvermögens geworden sei[5])? Die Begründung *quia displicuit eam furti obligari*[6]) macht es überaus wahrscheinlich.[7]) Von diesem Standpunkt aus konnte sich leicht das von der Frau zur Sicherung ihrer Dotalansprüche vorgenommene[8]) *res amovere* als *negotium gerere* darstellen und so die Unterlage für eine *actio rerum*

1) Vgl. Levy 114 N. 4.

2) Gegensatz: die durch ein Judikat vermittelte. Wenn der Anonymos, schol. τοῦ 'Ανων. zu Bas. 28, 11, 3 (Heimb. III 301) an diese denkt, so zeigt er damit nur, daß ihm (anders als Stephanos: an den unten S. 450 N. 5 angeführten Stellen) das klassische Recht (s. oben S. 448 N. 8) nicht mehr geläufig war. 3) Insoweit sicher echt: vgl. Levy 116 N. 2.

4) Krüger, Gesch. d. Qu. 2. Aufl. 160; zu Fulcinius ebd. 171.

5) Dazu Levy 126 f.

6) Die zweite Begründung *vel in ipsam ob res amotas dari actionem* stellt ein gleichfalls erhebliches Moment (s. oben S. 448 N. 8) in den Vordergrund, das unterstützend mitgewirkt haben muß. Sie als unecht ersatzlos zu tilgen (so Solazzi 140 f., Zanzucchi, Riv. 42, 12, P. Krüger zdSt.), ist durch nichts begründet; die angebliche byzantinische Auslegung der Worte wird durch Dorotheos, schol. ἐὰν ὑπεξουσία zu Bas. 28, 11, 3 (Heimb. III 301) widerlegt. Die etwas harte Wiederholung *ob res amotas* läßt eher an eine tribonianische Kürzung denken.

7) Volle Sicherheit fehlt, weil *furti obligari* an sich ebenso gut auf die Gewährung der Diebstahlsklagen (Levy 124 N. 1) gedeutet wie einem *furtum facere* gleichgesetzt werden kann. Aber die letztere Auslegung ist nicht nur durchaus gebräuchlich (vgl. vor allem Gai. III 196 [*furti obligatur* = *furtum committit*], III 208[*obligari* = *furtum faciat*], Gai. D. 47, 2, 55, 1, ferner etwa Javol. D. 39, 5, 25 [soweit echt], Ulp. D. 13, 7, 4), sondern hier die einzig mögliche, weil nur die Leugnung des Delikts selbst (nicht die der Noxalität) die Zulassung der Pekuliarklage zu begründen vermag: s. oben S. 441 N. 9. Insoweit sind meine Bemerkungen zu D. 25, 2, 3, 4 in Privatstr. 118 N. 1, 124 N. 1 richtigzustellen. 8) Levy 130 ff.

amotarum de peculio ergeben.[1]) Ist das richtig, so wird zugleich ein realer Grund erkennbar, aus dem so bedeutende Köpfe wie Nerva und Cassius sich gesträubt haben mögen, das *amovere* als *furtum* zu beurteilen.[2]) Es begreift sich, daß ihre Meinung noch längst nach ihrer endgültigen Verwerfung den späteren Juristen geläufig blieb; denn ihr verdankten sie die bewährte, vom eigenen Standpunkt aus aber nicht zu rechtfertigende *actio rerum amotarum de peculio*. Auch dieser Eklektizismus ist eine nur historisch erklärbare Eigenart des *iudicium singulare.*[3]) — Die ähnlichen Zweckmäßigkeitserwägungen entsprungene Ausdehnung des Kreises der Passivlegitimierten[4]) räumte ein der *condictio furtiva* entgegenstehendes weiteres Hindernis[5]) hier von vornherein aus dem Wege. — Auf die Bereicherung kann die Haftung *de peculio* nicht beschränkt gewesen sein[6]); denn anders als aus Kontrakten[7]) wurde die *filia* aus dem *amovere* volle Schuldnerin.[8])

Daß die Pekuliarhaftung von der herrschenden Doktrin als anormal empfunden wurde, kommt auch darin zum Ausdruck, daß man sie nur insoweit in Geltung ließ, als im einzelnen ein Bedürfnis nach ihr vorlag. Derselbe Proculus, der die Deliktsnatur des *amovere* verfocht (D. 25, 2, 1), setzte sich unter Zustimmung der Späteren[9]) dafür ein, daß *mortua filia* nicht eine *actio de peculio annalis*, sondern lediglich eine *actio rerum amotarum* (*directa*) auf die Bereicherung

---

1) Die *actio rei uxoriae de peculio* böte nur dann ein beweisendes Seitenstück, wenn sie in die Zeit der Pönalität der Hauptklage (Liter. bei Levy 35 N. 1) zurückreichte. Dafür ist ein hinreichender Anhalt bislang nicht vorhanden; vgl. etwa v. Tuhr 157 f.

2) Vgl. Levy 127. 3) D. 25, 2, 1; dazu Levy 117.

4) Levy 130 N. 1; weitere Abweichungen vom Recht der *cond. furtiva* s. ebenda 120 N. 2, ZSSt. 36, 76 f.

5) Paul. D. 13, 1, 5 (s. oben S. 441); Ulp. eod. 6. Gerade auf diesen Punkt weist Stephanos immer wieder hin: schol. ἐνάγεται zu Bas. 60, 10, 4 (Heimb. V 428) i. f., schol. εἰ ὑπεξουσία zu Bas. 60, 10, 19 (Heimb. V 445).

6) Über D. 15, 1, 3, 12 i. f. alsbald im Text.

7) Hier bestand folgerichtig eine derartige Bereicherungshaftung: vgl. D. 45, 1, 141, 2 (itp.) i. V. m. D. 15, 1, 1, 4; D. 14, 6, 9, 2; C. 4, 26, 11; nicht dawider: D. 13, 6, 3, 4. Vgl. Mandry, Familiengüterrecht I 347 ff., Girard 466 N. 1. 2. 4, Solazzi, Bull. 11, 156 ff. — Unzutreffend Albertario, Rend. del Ist. Lomb. 46, 346. 8) S. etwa Perozzi I 285.

9) Pomp. D. 25, 2, 4; Paul. D. eod. 3, 4. — Grundlose Beanstandung dieser Stellen sowie des D. eod. 5 bei Pampaloni, St. Senesi 17, 166 f. und Albertario, Bull. 26, 118.

gegeben werde. Das versteht sich nach dem Obigen leicht.[1]) Gerade wenn die Beibehaltung der Pekuliarhaftung letzten Endes darauf zurückging, daß im Gebiet des *res amovere* neben ihr ein *iudicium noxale* nicht bestand[2]), so verlor sie ihre Daseinsberechtigung mit dem Tode der Delinquentin, mit dem ja auch im Bereich des gewöhnlichen Furtums die Noxalhaftung erloschen gewesen wäre.[3]) Blieb gegenüber dem Gewalthaber des verstorbenen Sklaven[4]) oder Hauskindes[5]), das einen gemeinen Diebstahl begangen hatte, nur eine *condictio furtiva in id quod ad dominum* (*patrem*) *pervenit* übrig, so war im Falle des minder verwerflichen *res amovere* erst recht keine strengere Haftung angebracht. Da also der Grund für die besondere Erfassung des *viva-filia*-Falles hier hinwegfiel, so stellte sich das Regelrecht der Bereicherungshaftung wieder her. — *Viva filia* ward die subsidiäre Bereicherungsklage durch die pekuliare *actio* ausgeschlossen. Das erschien unbillig, wo von den *res amotae* dem Vater etwas zugeflossen, ein (ausreichendes) *peculium* aber nicht vorhanden war.[6]) Deshalb befürwortete Papinian die Bereicherungshaftung auch hier (D. eod. 5), aber bezeichnenderweise im Wege eines *utile iudicium*: *utile* sicherlich daher, weil die *formula rerum amotarum* hinter der Pekuliarklausel an der Stelle, wo sonst die Versionsklausel stand[7]), ein *vel si quid ad N^{um} N^{um} pervenit* aufgewiesen haben wird.[8])

Vielleicht war es diese *utilis actio de peculio et de eo quod ad patrem pervenit*, die der echte Ulpian im Verlauf des D. 15, 1, 3, 12 zuletzt erwähnt hat. Was statt ihrer dort *competit* (!), ist allem An-

---

1) Um so weniger von der auf D. 15, 1, 3, 12 i. f. aufgebauten Lehre aus; vgl. z. B. v. Tuhr 167 ff., Solazzi 140 ff.

2) Vgl. oben S. 448 f. 3) Girard 683 N. 1.

4) Das erhellt aus der S. 440 ff. dargestellten Rechtslage *vivo servo*.

5) Die Tochter steht insoweit dem Sklaven gleich (oben S. 448). Der Sohn ist nach seinem Tode nicht mehr belangbar; die *actio iudicati de pec.* (oben S. 443) entfällt daher, und es war gemäß der Regel des Labeo die Bereicherungshaftung sicherlich auch hier das ultimum refugium. Für den Fall, daß der Sohn nach der Belangung starb: Seckel a. a. O. 44 N. 2.

6) Vgl. Anon., schol. τοῦ Ἀνων. zu Bas. 28, 11, 5 (Heimb. III 301).

7) Über ihr Fehlen Seckel 10 ff., 46, Koschaker, ZSSt. 29, 514.

8) Ähnlich Pflüger, Condictio und kein Ende 35, der jedoch auch das *peculium* nur in Höhe der Bereicherung haften lassen will und die *actio utilis* auf das allgemeine Diebstahlsrecht, und zwar auch hinsichtlich des Haussohnes, überträgt.

schein nach[1]) eine auf die Bereicherung des Pekuliums eingeschränkte Klage. Eine solche ist sachlich weder mit dem Pekuliar-[2]) noch mit dem Bereicherungsgedanken[3]) vereinbar; sie steht mit allen die *actio rerum amotarum filiae familias nomine* behandelnden Fragmenten[4]) im Widerspruch. Ebenso anstößig ist der Zusammenhang innerhalb des § 12. Das einführende *nam et* ist verwunderlich, schon weil es die singuläre Ehegattenklage als Vorbild der allgemeinen *condictio furtiva* benutzen will[5]); doppelt verwunderlich, weil, wie dargelegt, gerade in unserer Frage beide Aktionen getrennte Wege gehen. Also wird es die übliche byzantinische Anknüpfungspartikel sein[6]), bestimmt, zu den die *condictio furtiva* betreffenden Interpolationen[7]) die Brücke zu schlagen. Die schlimme und einzigartige[8]) Ausdrucksweise *circa*[9]) . . . . *actionem* . . . . *competit actio de peculio* tut das übrige.

Im Gegensatz zu den Klassikern lassen die Kompilatoren im Bezirk der *actio rerum amotarum* auch die *condictio furtiva* zu[10]), ja, sie verselbigen beide Aktionen schlechthin.[11]) So gewinnt die Vermutung Raum, daß sie in Paul. D. 13, 1, 19 die Nennung der ersteren *actio* durch *condictionem* ersetzt haben.[12]) Ob der Anlaß dafür eben in der Absicht lag, durch die Einfügung der Stelle in den Titel 13, 1 die Zuständigkeit der *condictio furtiva* besonders zum Ausdruck zu bringen, oder ob die Änderung bei der Neustilisierung des Ausspruches mehr unbewußt mitunterlief[13]), ist nicht zu beurteilen, weil sich der

1) So auch die allgemeine Auslegung.

2) S. oben S. 450 N. 6. 3) S. oben S. 442 N. 3.

4) D. 13, 1, 19; 25, 2, 3, 4; eod. 4; eod. 5. 5) Vgl. Levy 121 N. 1.

6) Kalb, Jur. Lat. 63 f., v. Mayr, Condictio 81, Seckel-Heumann, *nam.* 7) S. namentlich oben S. 446 N. 5. 8) VIR. I 128, 1.

9) Dazu auch Beseler III 44 ff., der jedoch gerade dieses Fragment übergeht.

10) Levy 119 f., 122 ff.; wegen D. 25, 2, 17, 2 ebenda 119 N. 5.

11) D. 25, 2, 26; dazu Levy 133 f.

12) Die bisherigen Deutungen des fr. 19 befriedigen nicht: s. etwa Faber, Ration. adhl. (III 447), v. Tuhr 169 N. 39, Solazzi, Bull. 11, 142, Zanzucchi, Riv. 47, 17 f., Levy 119 N. 5 a. E. Unhaltbar ist auch der von den Basilikenkommentaren schol. ἤγουν und μετά (Heimb. V 445) angedeutete Gedanke an eine *actio* ἰουδικάτι δὲ πεκουλίῳ.

13) In diesem Sinne nicht übel v. Mayr 194 f.: Paul. lediglich: *actionem*, Trib. verdeutlichungshalber: *condictionem*.

ursprüngliche Zusammenhang nicht wiederherstellen läßt.[1]) Fest steht, daß bei Beziehung auf die auch durch den Tatbestand am nächsten gelegte *actio rerum amotarum* sich die plausible Tatsache ergibt, daß noch Julian als Vertreter des deliktischen Ursprungs der Klage[2]) es für nötig gehalten hat, zugunsten der von den Gegnern[3]) Mela und Fulcinius empfohlenen *actio de peculio* zu respondieren, während eine *condictio furtiva de peculio* für das klassische Recht ein unlösliches Rätsel aufgäbe.[4]) Es bedeutet einen vollen Beweis, wenn Stephanos bei seinen wiederholten Auslegungsversuchen[5]) die *condictio* des fr. 19 sich nur als die (justinianische) *condictio generalis* ‚κινούμενον ἀντὶ τῆς *rerum amotarum*' zu erklären vermag, den Gedanken an die *condictio furtiva* aber mit der unjustinianischen und deshalb um so klassischeren Begründung abweist: οὐδέποτε γὰρ κατὰ πατρὸς φούρτιβος δίδοται δὲ πεκουλίῳ.

3. Verschiedener Klaggrund, identisches Klagziel.

§ 53. I. Actio ex testamento ∽ actio ex stipulatu.

Den Fall *si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur* bezeichnet Gaius (IV 55) als typisch für das *aliud pro alio intendere.* Das *aliud* kann nur in der Verschiedenheit der *causae* gelegen sein: sie[6]) ist es, die das *ex integro agere* (*ex stipulatu*) ermöglicht.

Das wird bestätigt durch Jul. D. 44, 7, 18:

Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres exstiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur: si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem, et contra si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in iudicium deducta altera nihilo minus integra remaneret.

1) Vgl. Lenel, Paul. Nr. 1039. 2) D. 25, 2, 1 i. f.
3) Vgl. oben S. 449 f. 4) S. oben S. 441 ff., 442 N. 1, 451 N. 5.
5) Vgl. die oben S. 450 N. 5 angeführten Scholien.
6) Und nicht etwa die Erfolglosigkeit der Vermächtnisklage. Unabhängig davon ist die Vermutung, daß man bei diesem Schulbeispiel an die Nichtigkeit des *legatum debiti* gedacht haben wird; ein Analogon für das Fideikommiß in Scaev. D. 34, 3, 28, 13. 14 = (vgl. Samter, ZSSt. 27, 177) D. 32, 93, 1.

Seiner klaren, in jedem Worte sichtlich klassischen Sprache wegen hat dieses Fragment von je im Mittelpunkt der Konsumptionslehre gestanden.[1]) Bei der Entscheidung der beiderseitigen Konkurrenz stellt es als den maßgebenden Faktor (zu dreien Malen) die Streitbefestigung des ersten Prozesses[2]), als das Objekt einer möglichen Konsumption neben der *actio* (zweimal) die *obligatio* heraus.[3])[4]) Der letztere Umstand läßt ersehen[5]), daß Julian sich auf dem Gebiet der *ipso-iure*-Konsumption, also der *eadem res* bewegt und die Frage eines kumulationshindernden Eingreifens *contra ius civile* gar nicht in Erwägung zieht. Der Grund liegt, wie wohl niemals verkannt, in der Verschiedenheit der rechtsgeschäftlichen *causae*, die innerlich keine Berührungspunkte miteinander haben.[6]) Erwähnt wird er jedoch nicht. Statt seiner erscheint eine andere Begründung, die, wenn sie keine leere Wiederholung der Entscheidung sein soll, in dem an die Spitze gestellten *initio* gipfelt. Bemerkt man außerdem die verwickelte Gestaltung des zu theoretischen Zwecken gebildeten Tatbestandes, so wird es klar, daß es dem Juristen um anderes zu tun war als um die ihm selbstverständliche Verneinung von *eadem res*. Nach dem Sachverhalt ist in dem Legat *nullum commodum* enthalten. Infolgedessen wäre es gemäß der gerade von Julian mehrfach betonten Ansicht[7]) ohne weiteres[8]) nichtig gewesen, wenn der

---

1) Vgl. etwa Keller, Litisk. 285, Alibrandi I 170, Segrè, St. Fadda VI 373 N. 1, Wlassak, ZSSt. 33, 93.

2) S. auch oben S. 187. 3) Ganz im Sinne von Gai. III 180, 181.

4) Wie die Byzantiner das Fragment trotzdem unverändert übernehmen konnten, läßt sich aus der (allerdings für das klassische Recht geschriebenen!) Auslegung Sibers 159 entnehmen.

5) S. oben S. 63 ff. 6) Dazu unten § 166.

7) D. 34, 3, 11; eod. 13. Vgl. ferner etwa Paul. D. 35, 2, 1, 10 und andere bei Windscheid-Kipp III § 658 N. 2 und Hellmann, Terminologische Untersuchungen über d. rechtl. Unwirksamkeit (1914) 131 angeführte Belege. Abweichend Marcellus bei Ulp. D. 30, 28, 1.

8) D. h. ohne Rücksicht darauf, ob *ex lucrativa causa stipulatio intercessit* oder nicht. Das diese Einschränkung machende Afr. D. 30, 108, 4 widerspricht der gesamten Überlieferung (s. vorige Note). Indem es die eine *causa lucrativa* mit der anderen nicht einen *concursus* bilden läßt, sondern diesen durch die Nichtigkeitserklärung paralysiert, vermengt es in beispielloser Weise die Lehre von der Gültigkeit der Vermächtnisse und die vom Zusammentreffen mehrerer an sich gültiger *causae lucrativae*, zwei Lehren, die miteinander nur den schwachen Berührungspunkt haben, daß das Legat zu den *causae lucra-*

Stipulationsschuldner den Stichus seinem Gläubiger selbst vermacht hätte. Weil aber Vermächtnisnehmer der Erblasser des Stipulationsgläubigers ist, so ist das Vermächtnis *initio*[1]) wirksam entstanden und damals die *actio ex testamento* des B neben der *actio ex stipulatu* des A kumulativ zuständig gewesen. Diese Rechtslage nun hat sich nach herrschender klassischer Lehre[2]) durch die Vereinigung beider *obligationes* in der Person des A nicht geändert. Also — folgert Julian[3]) — ist auch die Entscheidung der Konkurrenz aus jener „anfänglichen" Rechtslage herüberzunehmen. Das Anregende dieses Schlusses und somit der Anlaß der ganzen Erörterung liegt daher wieder auf konkurrenzrechtlichem Gebiet, nämlich in der Erwägung, daß für die Lösung einer Konkurrenz von Aktionen die Mehrheit der auf einer Seite etwa dabei beteiligten Personen sogar dann ohne Belang ist[4]), wenn die Konkurrenz selbst ohne jene Mehrheit gar nicht hätte entstehen können.

Damit ist zugleich der unmittelbare Zusammenhang mit der Gedankenreihe hergestellt, deren julianische Herkunft Ulpian in D. 46, 1, 5 bezeugt.[5]) Niemand kann von vornherein sich selber

tivae gehört. Das kann nur auf die Byzantiner zurückgehen, die ja auch sonst (unten § 166) Beweise ihrer Neigung für die Kategorie der *causa lucrativa* hinterlassen und insbesondere das fr. 18 wohlweislich zwischen die Fragmente 17 und 19 derart eingezwängt haben, daß die Glosse (von ihrem Standpunkt nicht mit Unrecht) hinter *stipulatus fuerat* ein *ex causa non lucrativa* erläuternd hinzusetzt (s. dazu auch unten S. 455 N. 3). Daß in D. 30, 108, 4 die Schlußbegründung unecht ist, hat schon Pernice bemerkt (s. oben S. 189 N. 3), man wird aber weitergehend mit di Marzo, Bull. 15, 100 f. 126 von dem entscheidenden Teil nur die Worte *inutile esse legatum* als klassisch retten können.

1) Zu dessen Auslegung: Papinian (D. 35, 2, 5 i. f., Inst. 2, 20, 14) und Paulus (D. 31, 82 pr.).

2) Vgl. Inst. 2, 20, 14; s. vorige Note.

3) An den *concursus causarum lucrativarum* kann er hier (anders in D. 30, 82, 4. 6; D. 44, 7, 19) schon deshalb nicht gedacht haben, weil dessen Wirkung mit den im fr. 18 behandelten Rechtsfolgen in keiner Beziehung steht: s. unten § 166. Unzutreffend noch Ferrini, Legati 636 f.

4) Grundsätzliches oben S. 9 ff., bes. S. 15.

5) Anders Lenel, der das fr. 5 in das 52. Buch von Julians Digesten (als Jul. Nr. 703) weit entfernt von D. 44, 7, 18 (54 dig.; Jul. Nr. 714) einordnen möchte. Aber schon der eigene Inhalt des fr. 5 macht es wahrscheinlich, daß es in die Rubrik *de solutionibus et liberationibus*, also ins 54. Buch gehört hat. Vgl. auch oben S. 372 N. 4. Wegen der beiderseits genau überein

conreus[1]) sein. Fließen aber die *obligationes* mehrerer *rei promittendi* oder *stipulandi* (durch Erbgang) *in unius persona* zusammen, so wird ihr Verhältnis zueinander ohne alle Rücksicht auf die personelle Vereinigung beurteilt[2]): was also im fr. 18 gegen *eadem res* entschied, gibt im fr. 5 für sie den Ausschlag. Die *quia*-Sätze, mit denen am Schluß der Fragmente die jeweilige Entscheidung begründet wird, decken sich haarscharf.[3]) Der eigenartige Gesichtspunkt, der im fr. 5 die unveränderte Fortdauer der *duae obligationes in unius persona concurrentes* noch besonders markant ins Licht stellt, ergibt sich daraus, daß die Regel auch da für anwendbar erklärt wird, wo die ursprüngliche Personenkonkurrenz (nicht wie im fr. 18 eine doppelte, sondern) eine einfache ist und deshalb[4]) die später allein noch konkurrierenden Aktionen gleichartige sind. Gerade hier wird die Regel ihren hauptsächlichen Geltungsbereich gehabt haben. In ihn weist überdies ein fernerer Beispielsfall:

§ 54. 2. Actio empti aus mehreren Käufen.

Ulp. D. 19, 1, 10:

Non est novum, ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant: cum enim is qui venditorem obligatum habebat ei qui eundem venditorem obligatum habebat heres exstiterit, constat duas esse actiones in eiusdem persona concurrentes, propriam et hereditariam, et debere heredem institutum, si velit separatim duarum actionum commodo uti, ante aditam hereditatem proprium venditorem convenire, deinde adita hereditate hereditarium: quod si prius adierit hereditatem, unam quidem actionem movere potest, sed ita, ut per eam utriusque contractus sentiat commodum. ex contrario quoque si venditor venditori heres exstiterit, palam est duas evictiones eum praestare debere.

Daß dieses Fragment und das eben berührte D. 46, 1, 5 in Ulpians 46. Sabinusbuche dicht zusammen standen, steht fest. Ihre Reihen-

stimmenden Verwendung von *consumere* s. oben S. 64. — Am ehesten empfähle sich die Reihenfolge: fr. 5 = Nr. 714 a, (D. 19, 1, 10 = Nr. 714 b?; s. unten S. 458 N. 1), fr. 18 = Nr. 714 c.

1) Zu dem Ausdruck oben S. 10 N. 5. 2) Vgl. auch oben S. 15.

3) Dieser Sinn entzieht dem gegen fr. 5 i. f. von Rotondi, Bull. 24, 56 f zweifelnd geäußerten Verdacht vollends den Boden.

4) Vgl. oben S. 28 N. 3.

folge ist bestritten. Während Lenel[1]) das fr. 10 an die Spitze stellt, setzt P. Krüger[2]) es hinter das fr. 5. Und mit Recht. Wo wie hier von *verborum obligationibus*, insonderheit, wenn man will, *de solutionibus et liberationibus* gehandelt wurde[3]), ordnet sich fr. 5 von selbst ein, wogegen fr. 10 unvermittelt kaum unterzubringen wäre.[4]) Was Lenel trotzdem zu der Umgruppierung veranlaßt hat, war zweifellos die allgemeine Fassung des Anfangssatzes von fr. 10. Aber gerade er stammt so gut wie sicher von den Byzantinern. Zerrissen sie den echten Text, um das Beispiel vom Kauf in ihren Titel 19, 1 zu verpflanzen, so lag es für sie nahe, den Leitgedanken aus dem Vorangehenden zu entnehmen und als Einführung des selbständig gewordenen Stückes zu verwenden. Umgekehrt ist es ausgeschlossen, daß der Klassiker sich binnen wenigen Zeilen fast buchstäblich wiederholt habe: ist das *non esse novum* . . . . aus dem festgefügten Bau des fr. 5 nicht herauszubrechen, so muß das *non est novum* . . . . . des fr. 10 dem Ulpian fremd sein. Damit fallen zugleich die im fr. 5 bezeichnenderweise fehlenden Worte *de eadem re*, und gewiß nicht zum Schaden des Ganzen. Denn wenn auch *res* den Leistungsgegenstand bezeichnen kann, so hätte doch in einem so allgemein von Konkurrenz redenden Satze ein Klassiker unbedingt mit dem Mißverständnis gerechnet, das die Wendung innerhalb eines die technische *eadem res* verneinenden Konkurrenzfalles beim Leser unfehlbar hervorrufen mußte.[5]) Ulpian wird das Beispiel vom doppelten Kauf als weitere *species* im Sinne des fr. 5 eingeführt, vielleicht auch nur einfach mit ⟨*item*⟩ *cum is qui venditorem obligatum habebat* . . . . übergeleitet haben. Der Tatbestand wird klar und konzinn zu dem des fr. 5 i. f. vorgetragen, desgleichen die Feststellung der *duae actiones in eiusdem persona concurrentes*, Worte, die eine neue unerträgliche Wiederholung enthielten, wenn der Eingangssatz echt wäre.

---

1) Ulp. Nr. 2932. 2) Zu beiden Fragmenten.

3) Vgl. oben S. 455 N. 5. — Sicher erörterte Ulp. 46 Sab. nicht „ausschließlich die Novation" (Lenel, Pal. II 1180; Sab. System 79); vgl. auch P. Krüger, Digesten (12. Aufl.) 949.

4) Auch Lenels (Pal. II 1182 N. 9) Hinweis auf D. 46, 2, 2 (itp.: Levy, Sponsio 34) und D. eod. 8, 3 schlägt keine Brücke, weil *consensu* (durch *emptio venditio*) unter keinen Umständen noviert werden konnte.

5) Über die parallele Interpolation in Ulp. D. 50, 17, 130 unten § 121, wo Ersatzausdrücke genannt sind.

Auch inhaltlich steht der Fall des fr. 10, der gleichfalls auf Julian zurückführen mag[1]), mit D. 44, 7, 18 und D. 46, 1, 5 in engster Fühlung. Mit ersterer Stelle verbindet ihn die Kumulation mangels *eadem causa*[2]), mit letzterer das Nebeneinander gleichartiger Aktionen, mit beiden das zugrunde liegende Thema, daß sogar diejenige Konkurrenz, die nur durch die Personenmehrheit überhaupt ermöglicht wurde[3]), nach deren[4]) Wegfall sich in derselben Weise entscheidet wie zuvor. Ob freilich dieser Gedanke nochmals zum Ausdruck gekommen ist oder ob es Ulpian für zureichend hielt, daß die Kumulation als unerläßliche Voraussetzung des Folgenden deutlich zwischen den Zeilen zu lesen war[5]): diese Frage ist, so vieles auch für das erstere spricht[6]), mit Sicherheit nicht zu beantworten. Gewiß ist, daß die Stelle hinter *hereditariam* einen Bruch hat. Schon das ist wenig glaublich, daß Ulpian die Frage, auf die es ihm ankam, mit einem *constat* mehr von sich gewiesen als zur Erörterung gestellt hätte; verbirgt sich dahinter nicht etwa eine Kürzung, der unter anderem ein *Iulianus ait* zum Opfer fiel[7]), so kann er hier ebenso gut in direkter Rede gesprochen haben wie im nächstfolgenden *quod-si*-Satze. Noch bedenklicher ist der sachliche Gehalt. Die Wendungen *velit separatim duarum actionum commodo uti* und *unam quidem actionem movere potest, sed ita, ut per eam utriusque contractus sentiat commodum*, die ihren Urheber schon durch die laienhaften, nur hier vorkommenden Ausdrücke *commodum actionis*[8]) und *c.*

---

1) Vgl. unten N. 7.

2) *Causa* im Sinne des fr. 10 ist selbstverständlich nicht Kauf in abstracto, sondern der konkrete, einzelne Kaufvertrag: s. oben S. 174.

3) Wie in fr. 5 und 18 citt., so wäre auch hier bei Gleichheit der Parteien das zuletzt vorgenommene Rechtsgeschäft nichtig gewesen: vgl. oben S. 176 N. 6. Ulpian (und ebenso Paulus in D. 44, 2, 14, 2) ist also weit entfernt, die Nichtigkeit einer nichts Neues enthaltenden zweiten Verpflichtung *inter easdem personas* zu bestreiten. Dies gegen Girard 694 N. 2 a. E.

4) in allen drei Stellen durch Erbfall bewirkten.

5) Deutlich genug ist sie selbst aus der justinianischen Überlieferung zu entnehmen; trotzdem sieht Siber 158 f. auch hier (vgl. oben S. 454 N. 4) ein Beispiel für „vollständige Elektivkonkurrenz" und zwar für „Solutionskonkurrenz".

6) Vgl. die Entscheidung des umgekehrten Falles am Schlusse sowie unten den nächsten Absatz.

7) Wie eng sich Ulpian hier allenthalben an Julian anschließt, wird durch r. 5 cit. deutlich genug. 8) VIR. I 118, 8.

contractus[1]), durch *actionem movere*[2]), *commodum sentire*[3]) und das *quidem—sed* im *quod-si*-Satze verraten, dienen offensichtlich dazu, den konkreten, technisch-präzis gefaßten Gedanken des Klassikers zu verschleiern. Worin soll denn das *commodum actionum* bestehen, das nach dem Text derjenige, der *quod L. Titius, cui A^us^ A^us^ heres est, de N^o^ N^o^ .... emit* und *quod A^us^ A^us^ de N^o^ N^o^ .... emit* gesondert intendiert, vor dem anderen voraushaben soll, der beides in der Formel[4]) zusammenfaßt: *quod L. Titius, cui A^us^ A^us^ heres est, et A^us^ A^us^ de N^o^ N^o^ .... emerunt*? Mit welchem Recht will uns der Text glauben machen, daß der Kläger nach dem Erbschaftsantritt auf die letztgenannte verbundene *demonstratio* beschränkt gewesen sei? Wenn der Gläubiger einer einheitlich entstandenen *obligatio* durch Zerlegung der *certa pecunia* oder durch Präskription seine *actio* zu teilen vermochte[5]), so mußten von vornherein getrennte Aktionen doch erst recht auch getrennt geltend zu machen sein. Bedürfte es eines weiteren Beweises, so wäre er durch den insoweit ganz ähnlichen Fall des Paul. D. 44, 2, 22 i. f. erbracht.[6])

Die Leere der byzantinischen Embleme und die gute Diktion der Reststücke sprechen stark dagegen, daß, wie Segrè[7]) annehmen möchte, die ganze zwischen *et debere* und *commodum* eingeschlossene eigentliche Entscheidung tribonianische Neuschöpfung sei. Erachtet man die Distinktion als echt, so drängt sich alsbald ein Gedankengang auf, der dem Klassiker ebenso geläufig wie dem Kom-

1) VIR. I 999, 4 mit Zusatz „Trib.?“

2) Segrè, Mél. Girard II 590 ff., bes. 590 N. 5, Albertario, ZSSt. 35, 306 f.

3) Auch sonst bisweilen justinianisch: D. 24, 1, 49 (dazu Pernice, Lab. III 137 N. 2, Beseler III 101), C. 3, 28, 36, 1 e; 5, 13, 1, 9 c. Vgl. auch Levy, Privatstr. 112 N. 7 anf.

4) An eine solche wäre, wenn man den *unam*-Satz zu retten versuchte (so Lenel, Pal. II 1182 N. 10), bestenfalls zu denken. Den Byzantinern freilich wird man eher durch die Auslegung gerecht, daß die auf den einen Kauf gestützte Klage kraft der Amtsgewalt des Richters den anderen Kauf mit in Betracht zu ziehen vermochte: vgl. oben S. 439 f.

5) Vgl. oben S. 117 f.

6) Vgl. oben S. 95 N. 4. — Der Schlagkraft des Arguments tut es keinen Abtrag, daß im fr. 22 die *alia res* auf der Verschiedenheit nicht der Klaggründe, sondern der Klagziele beruht; noch weniger, daß dort der Erbfall die Passivseite betrifft.

7) Mél. Girard II 591 f. (Note).

pilator anstößig sein mußte. Der Satz — wird Ulpian dargelegt haben —, daß der Erbfall auf das Schicksal der beiden Aktionen ohne Einfluß sei, erleide eine prozessuale Einschränkung, weil von dem Augenblick der Vereinigung der Berechtigten in einer Person ab auf die *exceptio rei residuae* Bedacht zu nehmen sei. Wolle der *heres institutus intra eiusdem praeturam separatim* d. h. *apud diversos iudices*[1]) vorgehen, so müsse er *ante aditam hereditatem proprium venditorem convenire, deinde adita hereditate hereditarium: quod si prius adierit hereditatem*, so stehe ihm die *exceptio rei residuae* entgegen.[2])

Der Fall des Schlußsatzes, in dem *evictiones* durch *auctoritates* zu ersetzen ist[3]), bringt nur den Unterschied, daß die gleichartige Aktionenkonkurrenz hier nicht aus einer aktiven, sondern aus einer passiven Personenkonkurrenz hervorgegangen ist. Die Entscheidung ist genau die gleiche. Die Kumulation als endgültiges Ergebnis wird ausdrücklich hervorgehoben.

§ 55. 3. Actio ex testamento ∽ actio empti.

Bei dem Fall *qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit* bespricht Julian in D. 30, 84, 5 zunächst das Schicksal der *actio venditi*, die der Verkäufer = Erbe nach erfolgreicher Durchführung der gegen ihn gerichteten *actio ex testamento* erhebt.[4]) Alsdann heißt es:

> *quod si pretio soluto ex testamento agere instituerit, hominem consequi debebit, actione ex empto pretium reciperabit, quemadmodum reciperaret, si homo evictus fuisset. quod si iudicio ex empto actum fuerit et tunc actor compererit legatum sibi hominem esse et agat ex testamento, non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretium restituerit et hominem actoris fecerit.*

Die Kumulierbarkeit der in beiderseitiger Konkurrenz dargestellten Aktionen wird als selbstverständlich vorausgesetzt. Hat der Kläger mit der Vermächtnisklage die Übereignung des Sklaven erstritten, so kann die nunmehrige *actio ex empto* nur noch zur Leistung des

1) C. Theod. 2, 18, 3 = C. Just. 3, 1, 10.
2) So unbedingt nach Gai. IV 122 i. f.
3) Lenel zdSt., Seckel-Heumann, *evincere*, VIR. II 616, 7.
4) Hierzu unten § 166.

Interesses führen. Dieses aber ist, falls der Kläger den Kaufpreis schon gezahlt hat[1]), regelmäßig gleich dem Kaufpreis, dessen Rückerstattung also der Erfolg der Klage. Treffend zieht Julian zum Vergleich die Eviktion heran, die bei Verschiedenheit von Erben und Verkäufer ganz dasselbe Ergebnis haben müßte.[2]) Geht dagegen der Kläger, der mit der *actio empti litem* kontestiert, Befriedigung aber noch nicht erlangt hat[3]), hernach mit der *actio ex testamento* vor, so ist gleichfalls doppelte Kondemnation die Folge. Weder mit der einen noch mit der anderen *actio* — Julian spricht hier absichtlich nicht genauer — kann der Beklagte eine *absolutio* erzielen, ehe er nicht sowohl den Sklaven übereignet wie den Kaufpreis zurückerstattet hat. Die außergerichtliche Rückzahlung des Preises allein berührt die *actio ex testamento* von vorn herein nicht; aber auch nicht die *actio empti*, da *in obligatione* lediglich die Leistung des Sklaven ist. Zahlung auf ein Urteil hin wendet entsprechend nur die aus diesem drohende Zwangsvollstreckung ab. Ebenso ist die Übereignung des Sklaven je nach der vom Schuldner getroffenen Bestimmung oder den sie ersetzenden Regeln[4]) als Erfüllung entweder der Vermächtnis- oder der Kaufschuld zu erachten; immer aber nur als eines von beiden. Die jeweils unerfüllte *obligatio* ist auf die Leistung des Interesses = (in der Regel) des Kaufpreises gerichtet. Nicht nur die *actio empti*: auch das *quanti ea res est* der *actio ex testamento* geht auf den grundsätzlich in Höhe des Kaufpreises abzuschätzenden[5]) Wert des Sklaven. Die Schätzung bewegt sich durchaus in dem gewöhnlichen Rahmen des dem Geschworenen in einem strikten *iudicium* offen bleibenden Spielraums. — Das Konkurrenzrecht hat mit alledem nur insoweit zu schaffen, als es mangels *eadem res* nicht hindernd im Wege steht.

---

1) Das ist die natürliche Voraussetzung hier wie in D. 19, 1, 29 (dazu unten § 166). Anderenfalls wäre das Interesse des ja vor der *actio venditi* geschützten Klägers (vgl. D. 30, 84, 5 init.) = Null, die *actio empti* also abzuweisen.

2) S. unten § 166.

3) Julian spricht nicht einmal von einer Verurteilung, noch weniger davon, daß „der Kaufvertrag erfüllt ist" (Pernice, Lab. II 1, 269).

4) Vgl. etwa Ulp. D. 46, 3, 1; weitere Belege bei Windscheid-Kipp § 343.

5) Dies deshalb, weil der den Kaufpreis etwa übersteigende Wert *ex causa lucrativa* erworben wäre und somit *iure civili* außer Betracht bleiben müßte: darüber und über den julianischen Charakter dieses Gedankenganges (D. 30, 82 §§ 2. 4) unten § 166.

B. Konkurrenzen zwischen Strafklagen.

§ 56. **Einleitung.**

Die zu A nötig gewesenen Unterabschnitte verschwinden jetzt. Es treten hier nur solche Aktionen auf, die aus verschiedenen Delikten in dem oben[1]) festgelegten Sinne, d. h. aus verschiedenen Handlungen entspringen.[2]) Zu den unbestrittensten Rechtssätzen gehört es, daß jede selbständige Straftat auch ihre besondere Sühne findet, und da im Rahmen der Geldstrafe Erwägungen, wie sie heute zu den §§ 74 ff. StGB. geführt haben, nicht Platz greifen, so ist die Kumulation auf diesem Gebiete unangetastet geblieben. Auch für Rom ließe sich von Realkonkurrenz sprechen. Aber diesen den Quellen fremden Ausdruck zu gebrauchen[3]) ist weder empfehlenswert, weil die Klagenhäufung ja ohne weiteres aus dem hier in keiner Beziehung durchkreuzten *eadem-res*-Prinzip abfließt, noch überhaupt korrekt, weil nicht unter allen Umständen die *causa* einer Strafklage in einem *factum* beruht und somit gar nicht sämtliche folgenden Fälle „Realkonkurrenzen" sind.[4])

Der allgemeine Grundsatz ist in (Ulp.) D. 47, 1, 2 pr. ausgesprochen:

Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam.

Über den Inhalt waren Klassiker und Kompilatoren einig. Die Form aber weist ziemlich sicher auf die letzteren.[5]) Schon die (wiederholte) Personifizierung des Abstraktums *delictum* fällt auf[6]), noch verfehlter ist der Gedanke, daß das Delikt die Strafe, die es selber erst begründet, zugleich mindere.[7]) Dazu tritt das unlateinisch Substantivische des Stils, das in *impunitas detur* eine häßliche Blüte treibt.[8]) Unlogisch ist das *enim* als Verbindung zweier Sätze, die im wesentlichen dasselbe sagen und nur in einer ganz unmotivierten

---

1) S. 106 f.

2) Die Konkurrenzlehre der *ex eodem facto* erwachsenden Pönalklagen ist im III. Abschnitt unter F zusammengefaßt (§§ 114 ff.).

3) Wie es etwa Pernice, Sachbesch. 139, Kann 17 und Siber 190 N. 3 tun. 4) Vgl. unten § 64. 5) Bisher ist sie m. W. nicht beanstandet worden.

6) Ähnliche Beispiele, auch mit *facere* gebildet, bei Schulz, ZSSt. 32, 50.

7) Zu *minuere* ferner unten S. 469 N. 3.

8) Die andere Verwendung der Phrase in Ulp. D. 11, 4, 1, 1 liefert keinen Einwand dagegen.

Abschwächung (*impunitas — minuit poenam*) differieren. Sehr wahrscheinlich haben die Byzantiner bei der Lektüre des Sabinuskommentars *de furtis*[1]) die in fr. 2 §§ 1—6 überlieferte Reihe von Konkurrenzen *ex pluribus factis* bemerkt und als geeignet befunden, den dürftigen Titel *de privatis delictis* etwas aufzufüllen. Diesem Zweck aber wäre die bloße Loslösung aus dem klassischen Zusammenhang nicht gerecht geworden; die Einzelfälle mußten ein neues Aushängeschild erhalten, als welches nun die *regula iuris* des Prinzipiums fungiert.

§ 57. I. Actio furti (vi bonorum raptorum) ⌢ actio legis Aquiliae.

Unter den Beispielen des D. 47, 1, 2 erscheint als erstes die beiderseitige Konkurrenz der *actio furti* (*nec manifesti?*)[2]) mit der *actio legis Aquiliae* (§ 1):

> *Qui* [*igitur*] *hominem subripuit et occidit, quia subripuit, furti, quia occidit, Aquilia tenetur, neque altera harum actionum alteram consumit.*

Nicht umsonst ist gerade ein *homo* das Deliktsobjekt. Wäre es eine Urkunde, so enthielte die Vernichtung selbst regelmäßig[3]) schon ein *furtum*; es wäre also eine Konkurrenz beider Aktionen *ex uno facto* möglich und in solchem Falle sicher auch eine andere Entscheidung ergangen.[4]) Die Tötung eines Menschen in Aneignungsabsicht ist

1) Lenel, Ulp. Nr. 2905 stellt das Fragment allerdings unter die Rubrik *de condictione* (vgl. Pal. II 1174 N. 8). Aber unter den 6 Konkurrenzfällen weist nur ein mittleres (§ 3) eine Beziehung zur *condictio* auf. Der rote Faden, der sich durch das ganze fr. 2 zieht, ist das *furtum*. Nimmt man hinzu, daß Ulpian im 42. Buch ad Sabinum auch sonst das Konkurrenzrecht der Diebstahlsklagen besprochen hat (D. 47, 2, 46; 13, 1, 7 pr. § 1; D. 47, 3, 2), so ist kaum zu bezweifeln, daß in der Inskription 43 statt 42 verschrieben ist. — Gegen Lenel auch P. Krüger im Anhang II zu seinen Digesten.

2) S. oben S. 65 N. 9.

3) Nämlich immer dann, wenn die Vernichtung mit Aneignungswillen erfolgte: Pomp.-Ulp. D. 9, 2, 41, 1 (unten § 82). Denn ein *amovere* ist nicht notwendiges Begriffsmerkmal des *furtum* (Gai. III 195). So erklärt sich ohne weiteres und in Harmonie mit fr. 41 § 1 und D. 47, 2, 28 die Äußerung Ulpians in D. 47, 2, 27, 3 (die beiden Aktionen konkurrieren *ex uno facto*: *interlinere*), die abgesehen von der Übergangsfloskel *huiusmodi instrumenta* nicht zu beanstanden ist; dies gegen Riccobono, ZSSt. 34, 237.

4) Den Weg weist die Konkurrenz *actio legis Aquiliae* ⌢ *actio arborum furtim caesarum*; dazu unten § 117.

dagegen kaum denkbar, und es sind denn auch, was die *quia*-Sätze noch besonders hervorheben, *furtum* und *damnum iniuria datum* getrennt verübt.[1] Die Aktionen stehen daher kumulativ nebeneinander. Das kommt in dem Schlußsatz technisch korrekt zum Ausdruck. Mit dem *consumi* der einen *actio* durch die andere ist die *eadem res* verneint.[2]) Etwas Weiteren bedurfte es nicht, da dieses Ergebnis auch den praktischen Bedürfnissen entsprach.

Eine ähnlich ausdrückliche Entscheidung der Konkurrenz findet sich (wenn man von dem bloß attrahierten, auf die *condictio furtiva* bezüglichen § 3 absieht)[3]), in den übrigen Stücken des fr. 2 nicht. Sie wird jedoch hier überall bald (§§ 2, 6) durch rückweisende Wendungen wie *idem dicendum* oder *aeque* gesichert, bald (§§ 4, 5)[4]) durch den mittels *item* unterstrichenen Zusammenhang und überhaupt dadurch außer Zweifel gestellt, daß die Phrasen *duabus actionibus tenetur* u. ä., auf die bloße Aktionenzuständigkeit bezogen[5]), eine Banalität bedeuten würden. Selbstverständlich konkurrieren stets alle die Aktionen, deren Tatbestandsmerkmale vorliegen. Werden sie, wie etwa in Ulp. D. 9, 2, 27 pr.[6]) oder Ulp. D. 19, 5, 14, 1 [7]), besonders genannt[8]), so liegt stets eine Eigentümlichkeit des einzelnen Falles zugrunde. Auch Paulus ist weit entfernt, angesichts der *plura facta* von D. 47, 2, 28 die Zuständigkeit der *actio legis Aquiliae* leugnen zu wollen[9]): sein Schlußsatz wie die ganze Erörterung betrifft nur die Bemessung der *poena furti.*[10])

---

1) Ebenso Eisele 79, 364. 2) Vgl. oben S. 388.

3) Dazu unten § 82. 4) Zu § 4 i. f. aber auch unten S. 465 f.

5) Wie es sprachlich möglich wäre: s. oben S. 47 f., unten S. 481 N. 1.

6) Keine Konkurrenzentscheidung (anders Alibrandi I 178 N. 1): vgl. den Zusammenhang (Lenel, Ed. 194) und *competere.*

7) Keine Konkurrenzentscheidung (anders Savigny, Syst. V 245 N. aa. Pernice, Sachbesch. 139 f., Alibrandi I 196, Windscheid (-Kipp) II § 326 N. 8, Ferrini, Dir. p. r. 229 f., untereinander abweichend). Die letzten fünf Worte sind interpoliert: Lenel, Pal. II 1164 N. 2, Ferrini a. a. O. 230 N. 1, 239 N. 1, P. Krüger zdSt.

8) Auch Ulp. D. 47, 8, 2, 20 gehörte hierher, wenn nicht der Schluß unecht wäre: Pernice, Lab. II 1, 66 (vgl. ebenda 61, 151 N. 1), Ferrini, Dir. p. r. 163 f., von Beseler I 47 ff. wohl übersehen. — Wegen D. eod. 2, 26 s. oben S. 483 f.

9) Wie das Ferrini, Dir. p. r. 222, Espos. 133 behauptet. Indessen folgt aus der Beurteilung des Furtums als eines Dauerdelikts (Pampaloni, St. Senesi 9, 371 ff., Ferrini, Dir. p. r. 64 ff.) nur, daß wiederholte Aneignungshandlungen

Hiernach sind von den Fällen des D. 47, 1, 2 die der §§ 2 und 6 bereits miterledigt. Auch die inneren Erwägungen erfahren keine Änderung dadurch, daß das eine Mal das caput III *legis Aquiliae* die Stelle des caput I, das andere Mal die *actio vi bonorum raptorum* den Platz der *actio furti* einnimmt. *Actio vi bonorum raptorum* und *actio legis Aquiliae* können sogar — soweit ich sehe — nicht einmal theoretisch *ex eodem facto* entspringen. Die verwandtschaftliche Beziehung zwischen der Sachbeschädigungsklage und dem Edikt *de hominibus armatis coactisve et vi bonorum raptorum* (Lenel § 187) beschränkt sich, wie Ulp. D. 47, 8, 2, 10[1]) bestätigt, auf die durch den ersten Teil des Edikts verheißene *actio.*[2])

§ 58. 2. Actio furti ∽ actio iniuriarum.

Ulp. D. 47, 1, 2, 4:

Item si quis subreptum flagello ceciderit, duabus actionibus tenetur furti et iniuriarum: et si forte hunc eundem occiderit, tribus actionibus tenebitur.

Der erste Satz, der die Verschiedenheit der *causae actionum* mittels des *subreptum* knapp vergegenwärtigt, spricht sich, wie eben dargelegt, für ungehinderte Häufung der *actiones furti* und *iniuriarum* aus. Nach den Schlußworten soll sich aber zu diesen auch noch die *actio legis Aquiliae* kumulativ gesellen. Das weckt Bedenken. Ent-

keine neue *actio furti* begründen, nicht aber daß anderweite während des Furtums begangene typische Delikte in das Furtum devolviert würden. Gerade *quia hodie* (also auch im Moment der Sachbeschädigung) *furtum fit* (D. 47, 2, 17, 1 i. f.), ist es doppelt unverständlich, wie durch das *furtum* die Anwendbarkeit der *lex Aquilia* berührt werden sollte.

10) So schon Dorotheos, schol. ἅμα zu Bas. 60, 12, 28 (Heimb. V 477) und gl. *adicit* (gegen Rogerius). Die Zuständigkeit der *a. leg. Aq.* war hier ebensowenig zweifelhaft wie bei *uno actu* verübter diebischer Urkundenvernichtung; sie wurde von Paulus anscheinend sogar in dem bestrittenen Falle der *hereditariae tabulae* (D. 9, 2, 41 pr.) gebilligt: D. 47, 2, 30; dazu Lenel, Paul. Nr. 1795. Zu dem Sinne des fr. 28 cit. s. unten § 82 und vielleicht auch desselben Paulus D. 50, 17, 138, 1, dessen genauerer Zusammenhang dunkel ist: Lenel, Pal. I 1019 N. 7; Ed. 223 N. 9, P. Krüger, Anh. III zu seinen Digesten. Die beiden letztgenannten Fragmente stellt übrigens schon Cujaz, opp. (1758 ff.) V 381, VIII 686, 795 zusammen, jedoch unter Zugrundelegung der in der vorigen Note verworfenen Ansicht.

1) Keine Konkurrenzentscheidung (anders Savigny V 244* N. z).

2) Vgl. Lenel, Ed. 381 und oben S. 429 ff.

weder hat — das läge am nächsten[1]) — das *caedere* unmittelbar zum *occidere* geführt: dann wären die *causae* der aquilischen und der Injurienklage identisch; der Tatbestand fiele somit ganz aus dem Rahmen des fr. 2, und die Entscheidung — Kumulation auch zwischen diesen beiden Aktionen — widerspräche dem unten[2]) wahrscheinlich gemachten klassischen Rechtszustand. Oder man nähme, durch den Wortlaut wenig unterstützt, *tria facta* an: dann erschiene das Ganze als ein überflüssiger Aufguß des § 1. Dazu tritt in jedem Falle das berüchtigte, im ganzen Fragment sonst nicht wiederkehrende *forte*[3]) und die unerträgliche Häufung *hunc*[4]) *eundem*[5]) an Stelle eines unbetonten *eum*, um den Schluß zu rechtfertigen, daß von *et si* ab ein Glossator oder Kompilator spreche.

§ 59. 3. Actio furti ~ actio servi corrupti.

Ulp. D. 47, 1, 2, 5:

Item si quis ancillam alienam subripuit et flagitaverit, utraque actione tenebitur, nam et servi corrupti agi poterit et furti.

Dieser Satz, dessen Stilisierung der des § 2 besonders nahesteht, ist ebenfalls schon im Vorstehenden gedeutet. Kumulation ist die notwendige Lösung auch deshalb, weil es keinen Unterschied begründen kann, ob der Sklave körperlich (§ 1) oder seelisch (§ 5)[6]) verschlechtert worden ist. Damit stimmen die Entscheidungen zusammen, die im *etiam* des zweiten Satzes von C. 6, 2, 4 (a. 222) und ausführlicher im *idem*-Satze von Ulp. D. 11, 3, 11, 2 hervortreten.[7]) Die letztere Stelle bedarf jedoch im ganzen einer Würdigung; sie lautet:

Quamvis autem rerum subtractarum nomine servi corrupti competat actio, tamen et furti agere possumus, ope enim consilio sollicitatoris videntur res abesse: nec sufficiet alterutra actione egisse, quia altera alteram non minuit. idem et in eo, qui servum recepit et celavit et deteriorem fecit, Iulianus scribit: sunt enim diversa maleficia furis et eius qui deteriorem servum facit: hoc amplius et condictionis nomine tenebitur. quamvis enim condictione hominem, poenam

1) Vgl. etwa auch Ulp. D. 47, 10, 17, 2. 2) § 115.
3) Vgl. oben S. 106 N. 3. 4) S. Gradenwitz, Interpol. 162.
5) Vgl. oben S. 375 N. 3. 6) S. überdies auch Ulp. D. 11, 3, 3, 1.
7) So schon gl. *Iulianus scribit* zu D. 11, 3, 11, 2; vgl. auch Ferrini, Dir. pen. rom. 227, Siber 173.

autem furti actione consecutus sit, tamen et quod interest debebit consequi actione servi corrupti.

Im Ediktskommentar zum *quanti ea res erit* der *formula servi corrupti*[1]) leitet die Feststellung, daß *in hoc iudicium etiam rerum aestimatio venit, quas secum servus abstulit* (Paulus in D. eod. 10)[2]), wie von selbst zu einem Konkurrenzproblem, welches an Feinheit das soeben berührte beträchtlich überragt.[3]) Wenn der *servus* nicht (wie im fr. 2 § 5) gestohlen ist, sondern gestohlen hat, so spannten sich zwischen Korrumpierung und Diebstahl kausale Beziehungen, die leicht Bedenken gegen eine Klagenhäufung wachrufen konnten. Wurde der Täter, der in Ansehung der *res subtractae* sowohl der *actio servi corrupti* wie der *actio furti* ausgesetzt war[4]), nicht wegen einer und derselben Tat doppelt gestraft? Wäre diese Frage zu bejahen gewesen, so hätten *quidam*[5]) vielleicht geradezu für *eadem res* plädiert, die meisten (und mit ihnen Ulpian)[6]) trotz Verneinung ziviler Konsumption immer noch Mittel und Wege empfohlen, um der Kumulation entgegenzutreten. Richtiger Meinung nach mußte die Frage indessen verneint werden, weil es an einem *idem factum* fehlte.[7]) Als *causa* der Diebstahlsklage gegen den Anstifter wurde ja nicht die Anstiftung, sondern der Diebstahl selbst angesehen.[8]) Die Diebstahlshandlung aber war mit der Verführungshandlung nicht identisch und konnte es nicht sein: sie verhielt sich zu ihr wie die Wirkung zur Ursache und bot damit nur den schlagendsten Beweis dafür, daß die Korrumpierung zuvor zu Ende geführt und gelungen war. Den schlagendsten, aber nicht den einzigen: die Ausführung des

1) Lenel, Ed. 170.

2) Ebenso Ulpian D. eod. 11 pr. (dazu Lenel, Pal. II 553 N. 2), wo auch *edicti* (trotz Lenel, Pal. und P. Krüger zdSt.) sehr wohl echt sein kann: vgl. D. eod. 1 pr. und Levy, ZSSt. 36, 21 f.

3) Nach dem Wortlaut der Stelle kann es übrigens ebenso gut der aktiven doppelten wie der einfachen Konkurrenz angehören: s. oben S. 15.

4) Ebenso der Schluß von Alf. D. 11, 3, 16, der aber interpoliert ist (Mancaleoni, Contributo alla storia e alla teoria della rei vindicatio utilis 12, P. Krüger zdSt.) und auch abgesehen davon keine Entscheidung der Konkurrenz enthielte; anders Alibrandi I 178 N. 1.

5) Die *quidam* von D. 44, 7, 34 pr.: unten § 115.

6) S. etwa unten § 115 a. E.

7) Im Ergebnis ebenso Pernice, Sachbesch. 139; entgegengesetzt (*idem factum*) Savigny, Syst. V 245, Ferrini, D. p. r. 229, Espos. 138; unklar Windscheid II § 326 (Text gegenüber N. 8). 8) S. oben S. 167 f., 287 f.

Vergehens, zu dem der *servus* überredet ist, bildet, wie Ulp. D. eod. 1, 5 und namentlich auch Gai. III 198 i. f. erkennen lassen, ein notwendiges Tatbestandsstück der *actio servi corrupti* nicht. Diesen Erwägungen gegenüber konnte es hier, wo ja doch Bestrafung in Frage stand[1]), nicht darauf ankommen, daß der Maßstab der beiden Strafen zum Teil aus denselben *res* entnommen wurde. Das Ergebnis war ungehinderte Kumulation und somit das gleiche wie in dem mehr an der Oberfläche liegenden Fall des fr. 2 § 5.

Sehr ähnlich ist der Gedankengang des fr. 11 § 2. Auf die Feststellung der Konkurrenz folgt die Entscheidung, die sogleich noch ein paar Worte nötig macht, aber jedenfalls auf Kumulation lautet. Der alsdann sich anreihende Fall der Deteriorierung des entwendeten Sklaven[2]) wird hier schwerlich um seiner selbst willen auftreten: dem allgemeinen Zusammenhang[3]) steht er ganz fern. Sicherlich diente er zur Begründung[4]), und in dieser Funktion wird ihn schon Julian herangezogen haben[5]), den der spätere Jurist doch nicht gut zur Bekräftigung einer Binsenwahrheit angerufen haben kann. Eine derartige Begründung läßt sich verhältnismäßig sicher nachzeichnen.[6]) Wenn — mag Ulpian gedacht haben — das Ergebnis der Klagenhäufung in dem Falle, in dem die Verführung als Folge des Diebstahls erscheine, keinem Zweifel ausgesetzt sei, so werde es auch da plausibler, wo umgekehrt der Diebstahl eine Folge der Verführung sei: im einen wie im anderen Falle seien die *causae actionum* verschiedene, wie denn überhaupt allgemein[7]) zu gelten habe, daß die

---

1) Anders im Verhältnis zur *cond. furtiva* s. unten § 82, wo die Unechtheit des Schlusses (von *hoc amplius* ab) dargelegt wird. S. auch, wenngleich natürlich in unklassischer Ausgestaltung, gl. *non minuit* i. f.

2) Dieser Tatbestand ist übrigens durch *servum recepit et celavit et deteriorem fecit* sehr inkorrekt wiedergegeben. Das dritte Verb ist wegen des Folgenden unentbehrlich und betrifft allein die *a. serv. corr. Recipere* ist für diese *actio* zwar gleichfalls technisch, sogar ediktal, aber neben *deter. facere* nur alternativ begreiflich (vgl. Karlowa II 1345) und endlich nicht ungeeignet, das *furtum* zu bezeichnen (vgl. Ulp. D. 47, 2, 48, 2). In *celare* umgekehrt wiegt die Beziehung auf die *actio furti* vor (vgl. Gai. III 200, Ulp. D. 11, 4, 1 pr.; 47, 2, 48 §§ 1, 3), aber auch sie ist nicht die ausschließliche: Ulp. D. 11, 3, 9 pr. i. f.; s. auch D. eod. 1, 2. Dogmatisch wäre am besten das *recipere* zu tilgen; der Historiker hat ars ignorandi zu üben. 3) S. oben S. 467 N. 1.

4) Übersehen von Kann 58. 5) Vgl. auch Lenel, Jul. Nr. 136.

6) Die Kompilatoren haben wohl gekürzt: s. alsbald im Text.

7) Man bedenke: *furis et eius qui* statt *furis, qui* und *facit* statt *fecit*.

maleficia[1]) eines Diebes und eines Verführers grundsätzlich *diversa* und somit nicht fähig seien, sich innerhalb einer und derselben deliktischen Handlung zu verwirklichen. — Der *sunt-enim* Satz[2]) bringt die willkommene Klärung, daß der Kern des Problems letzten Endes in der *causa*-Frage steckte.

In dem die Entscheidung enthaltenden Stück ist das im Bereich des VIR.[3]) sonst nicht vorkommende *minuere actionem* mit Fug für unecht erklärt worden[4]): es bezeichnet den byzantinischen Gedanken der Ineinanderrechnung der Ansprüche und vernachlässigt die Totalität der Aktionenkonsumption.[5]) Ob an der Stelle des *minuit* ein *consumit* oder eine andere (den Kompilatoren unleidlichere) Wendung gestanden hat, ist nicht zu entscheiden: in jedem Falle leugnet das *altera alteram non* . . . . . in gewohnter Weise die *eadem res.* Hätte nun Ulpian, wie eben[6]) dargelegt, darüber hinaus hervorheben wollen, daß auch keine andere Instanz die *iure civili* bestehende Kumulation anzutasten habe, so hätte er das im Einklang mit seinem sonstigen Sprachgebrauch[7]) sehr wohl so ausdrücken können, wie wir das in dem *nec*-Satze lesen. Ist Kanns durchgängige Beanstandung des *sufficere* schon im allgemeinen zu verwerfen[8]), so doppelt hier, wo das *actione egisse = litem contestatam esse* unmöglich von einem Byzantiner stammen kann. Nur ein Bedenken bleibt: das beide Verneinungen verbindende *quia.* Das Fehlen von *eadem res* ist nirgends ein Grund für das Nichteingreifen einer judizialen oder prätorischen Konsumption, sondern im Gegenteil deren notwendige Voraussetzung: wo *eadem res* herrscht, ist für eine Erwägung über *sufficere* oder *non sufficere* gar kein Platz.[9])

1) Dazu auch oben S. 106 N. 7.

2) Der in der (überhaupt viel zu radikalen) Auslegung Kanns 57 ff., 82 mit Unrecht verdächtigt wird.

3) I 122, 15; s. dagegen Justinian in Inst. 4, 6, 30 und ähnlich in dem Konkurrenzfalle C. 6, 51, 1, 11 d. — Vgl. auch *delictum minuit poenam* in D. 47, 1, 2 pr.: oben S. 462 f.

4) Eisele 79, 394 (gegen seine Begründung Kann 57), P. Krüger zdSt., Seckel-Heumann, *minuere* 1. — Anders Alibrandi I 200, der übrigens ohne Grund der *a. serv. corr.* im justin. Konkurrenzrecht eine exzeptionelle Stellung eingeräumt sieht: C. 6, 2, 20 und Inst. 4, 1, 8 ordnen nicht die Konkurrenz, sondern nur die Zuständigkeit der *actio* in besonderem Sinne.

5) S. oben S. 333 ff. 6) S. 467. 7) D. 3, 6, 5, 1.

8) S. unten § 109. 9) Vgl. unten § 84.

Um so trefflicher paßt *quia* zum überlieferten *minuit*: weil der eine Anspruch den anderen materiell nicht beeinträchtigt, reicht die Geltendmachung nur eines von ihnen nicht hin. Wenn nicht alles trügt, rührt also *quia* vom Autor des *minuit* her, ja, vielleicht hat sogar erst das *quia* zum *minuit* den Anstoß gegeben.[1] Nach dem Motiv der Interpolation ist nicht lange zu suchen: wie die prozessuale und die judiziale (prätorische) Konsumption überhaupt[2], so mußte auch eine deren Verhältnis zueinander aufdeckende Schlußfolgerung das Mißfallen der Kompilatoren erwecken. Für die wörtliche Rekonstruktion des Textes sind besondere Anhaltspunkte nicht vorhanden. Daß Tribonian hier in größerem Umfange getilgt hat, wird durch die angedeutete Unechtheit der Überleitung *idem et in eo* bekräftigt.

§ 60. 4. Actio legis Aquiliae ex cap. III + actio legis Aquiliae ex cap. I.

Gai. D. 9, 2, 32, 1:

Si idem eundem servum vulneraverit, postea deinde etiam occiderit, tenebitur et de vulnerato et de occiso: duo enim sunt delicta. aliter atque si quis uno impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit: tunc enim una erit actio de occiso.

Aus den beiden Kapiteln der Lex entfließen zwei materiell verschiedene Aktionen, deren jede vier Formeln hat[3]: zwischen den letzteren herrscht bloße Formelkonkurrenz[4], zwischen den ersteren wahre Aktionenkonkurrenz. Nicht diese Selbstverständlichkeit[5] wollen die Worte *duo sunt delicta* hervorheben; sie besagen vielmehr, wie das gegensätzliche *uno impetu* bestätigt, daß zwei zeitlich getrennte (deliktische) Handlungen vorliegen.[6] Daraus folgt für das klassische Recht Klagenhäufung. Denn der Grundsatz, daß jede Tat ihre besondere Sühne heischt, wird — unserer Kenntnis nach — nirgends dadurch beeinträchtigt, daß implicite in jeder der kon-

---

1) Hätte es etwa geheißen *nec altera actio alteram consumit nec sufficiet alterutra egisse*, so wäre den Byzantinern eine solche Alternative, deren beide Glieder sie für identisch nahmen, unverständlich gewesen.

2) Vgl. unten §§ 80, 115. 3) Lenel. Ed. 193 ff., 198.

4) S. oben S. 27. 5) Vgl. etwa D. eod. 46; eod. 47.

6) S. oben S. 106. — Vgl. auch D. eod. 48 und dazu unten § 61.

kurrierenden Strafen ein Ersatzelement steckt.[1]) Wenn die herrschende Meinung[2]) aber das Ergebnis der Kumulation unmittelbar dem Gaius in den Mund legt, so geht sie fehl. Das *tenebitur et . . . et* . . . bezeichnet lediglich die Zuständigkeit beider Aktionen[3]) und findet dementsprechend seinen Gegensatz in *una erit actio de occisó*: nicht zwei Aktionen greifen hier ein, von denen die eine die andere konkurrenzrechtlich ausschiede, sondern es ist materiell-rechtlich überhaupt nur der Fall des cap. I und nicht auch der des cap. III gegeben. Dazu stimmt die Gestaltung des zweiten Tatbestandes, an dessen Statt Gaius gewiß eher einen nach Art der D. eod. 46. 47 vorgelegt hätte, falls er an unserer Stelle die Konkurrenz hätte entscheiden wollen.

§ 61. 5. Actio gegen den, der testamento liber esse iussus post mortem domini ante aditam hereditatem quid corrupit (Tit. Dig. 47, 4) + actio legis Aquiliae ex cap. III.

Paul. D. 9, 2, 48:

Si servus ante aditam hereditatem damnum in re hereditaria dederit et liber factus in ea re damnum det, utraque actione tenebitur, quia alterius et alterius facti hae res sunt.

Während in D. eod. 32, 1 zwei materiell verschiedenartige Delikte (*vulnerare, occidere*) einander gegenüberstehen, handelt es sich im fr. 48 um ein zweimaliges *damnum dare* an derselben Sache. In der Regel gäbe es hier nur eine einzige *actio* (*leg. Aq.*), mit der zugleich beide Strafen geltend gemacht würden. Daß zwei Aktionen konkurrieren, beruht lediglich auf der das innere Verhältnis zwischen den beiden Straftaten nicht berührenden Tatsache, daß die erste von ihnen gegen die den Täter selbst umfassende *hereditas iacens* verübt war und deshalb[4]) der Zivilklage nicht unterfiel. Was will nun *utraque*

1) Es versagt hier sowohl die finale (s. unten § 81 a. E. und überhaupt §§ 80 ff.) wie die kausale (s. unten § 115 und überhaupt §§ 114 ff.) Quelle für die judiziale (prätorische) Konsumption.

2) Savigny V 207, 236. Pernice, Sachbesch. 25, Alibrandi I 178, Ferrini, D. p. r. 226, der übrigens zugleich darauf hinweist, daß der Begriff des fortgesetzten Verbrechens von den Römern nicht entwickelt ist; vgl. auch Pampaloni, St. Senesi 9. 379 ff. 3) Vgl. auch oben S. 47 f.

4) Näheres bei Gai. IV 78, womit die Erwägungen von Ulp. D. 47, 4, 1, 1 in ihrem Kern durchaus zusammenstimmen. Es kann deshalb keinesfalls, wie di Marzo, St. Scialoja II 62 ff., Perozzi, Ist. II 399 N. 5, P. Krüger

actione tenebitur besagen? Eine Konkurrenzentscheidung im Sinne der Kumulation haben wir — so richtig sie sachlich wäre — in jenen Worten nicht zu erblicken[1]): sie wäre allzu banal und mit *utraque actione* nicht einmal korrekt ausgedrückt, weil aus der Begründung nicht notwendig die Häufung von Aktionen, sondern nur die von Strafen[2]) folgen würde. Auszugehen ist davon, daß Paulus die Zuständigkeit beider Aktionen betont. Hierher weist ja auch der Parallelismus mit fr. 32 cit.: *utraque*[3]) *actione tenebitur* = *tenebitur et . . . et*; *quia alterius et alterius facti hae res sunt* = *duo enim sunt delicta.* Eine weitere Anlehnung an das Gaiusfragment empfiehlt sich indessen nicht. Allerdings ließe sich analog sagen, daß, wäre die Sachbeschädigung *uno impetu* begangen, *una erit actio* (*leg. Aq.* ex cap. III). Aber eine solche Möglichkeit wäre doch nur in dem seltsamen Fall zu denken, daß der Erbe gerade während der Tat die Erbschaft angetreten hätte.[4]) Ungleich näher liegt der Gedanke an eine Gegenüberstellung von *damnum* und *furtum*, wie sie durch die Kommentierung eines Ediktes (D. 47, 4, 1 pr.)[5]), dessen Rubrik beide Delikte gemeinsam hervorhob[6]), geradezu herausgefordert wurde. Hätte der Sklave *ante aditam hereditatem* gestohlen und das *contrectare* als Freigelassener fortgesetzt, so stände nur eine einzige *actio*, die gewöhnliche *actio furti* zu, weil die dauernde Aneignung nur ein einziges *furtum* enthielte[7]), also nicht *alterius et alterius facti hae res sunt.* Für die prätorische Klage aus Tit. Dig. 47, 4 wäre also kein Raum gewesen.[8]) Der Gegensatz hat seinen Grund

zdSt. und Rabel 533 N. 3 meinen, das ganze Stück *hoc est . . . contrectaverit* interpoliert sein. Nur Teile hiervon wie auch des Voraufgehenden sind gefälscht, und zwar in der doppelten Absicht, das *furtum* als spezielles Delikt einzuflicken und die *hereditas* zur *domina* zu erheben. Genaueres gelegentlich anderswo; vgl. auch unten S. 472 N. 8.

1) Anders wohl Savigny V 207, 236. — Mißverstehend wohl auch Dorotheos, schol. ἐὰν δοῦλος zu Basil. 60, 3, 48 (Heimb. V 317) und die Basiliken selbst. 2) wenngleich innerhalb derselben *actio* (*leg. Aq.*).

3) S. unten S. 481 N. 1.

4) Vgl. Ulp. reg. 1, 22, D. 47, 4, 1, 2 i. f.; eod. 1, 8.

5) Aus ihr stammt unser Fragment (Lenel, Ed. 322 N. 5), das zugleich die allgemein (s. die oben S. 471 N. 4 Genannten) unbeachtet gebliebene Lehre Pampalonis (St. Senesi 17, 172 ff.), das Edikt habe sich nur auf das *furtum* bezogen, bündig widerlegt.

6) Vgl. auch Ulp. D. 47, 4, 1, 14. 7) Vgl. oben S. 464 N. 9.

8) Vgl. etwa Paul. D. 47, 2, 67, 1 (Ferrini, D. p. r. 70); s. auch Ulp.

darin, daß das *furtum*, aber nicht das *damnum iniuria datum* als Dauerdelikt galt.[1])

§ 62. 6. Actio furti aus mehreren Diebstählen.

Da die *actio furti* durch die Rückkehr der Sache in den Besitz des Bestohlenen nicht berührt wird[2]), so kann sie auch noch fortbestehen, wenn derselbe Dieb dieselbe Sache wiederum entwendet und sich dieserhalb einer neuen *furti actio* ausgesetzt hat. Es erwächst dann zwischen beiden Aktionen eine (gleichartige)[3]) Konkurrenz, die angesichts der selbständigen Klaggründe zu unbeschränkter Kumulation führt. Diese eigenartige Erscheinung bespricht Julian[4]) in D. 47, 2, 57 pr.:

Interdum fur etiam manente poenae obligatione in quibusdam casibus rursus obligatur, ut cum eo saepius eiusdem rei nomine furti agi possit. primus casus occurrit, si possessionis causa mutata esset, veluti si res in domini potestatem redisset eandemque idem subriperet, vel eidem domino vel ei, cui is commodasset aut vendidisset. sed et si persona domini mutata esset, altera poena obligatur.

Die Überlieferung ist sachlich zutreffend, aber mit einigen Glossemen durchsetzt, die anscheinend einer Systematisierung dienen sollten. Wir begreifen die (anerkannte)[5]) Einflickung von *in quibusdam casibus* besser, wenn wir erkennen, daß der zweite *casus* überhaupt nicht im Urtext stand.[6]) Der Schlußsatz scheint der *possessionis causa* die *persona domini* entgegenzustellen, bringt aber in Wirklichkeit nichts, was nicht schon im *vendidissit* steckte[7]); auch seinen Sprachschatz entnimmt er durchweg dem Vorhergehenden; *obligatur*

D. 47, 4, 1, 16. Das *nisi si postea quoque contrectaverit* in D. eod. 1, 1 ist also nicht falsch, aber aus formalen Gründen unecht: s. oben S. 471 N. 4.

1) Sehr richtig insoweit (im übrigen s. oben S. 464 N. 9) Ferrini, D. p. r. 222, Espos. 133. 2) S. oben S. 416 ff.

3) S. oben S. 28; s. auch Ferrini, D. p. r. 226.

4) Derselbe Julian, der auch anderwärts (vgl. D. 46, 1, 5) den Fällen nachspürt, in denen *duae* (gleichartige) *obligationes in unius persona concurrant.*

5) Mommsen zdSt., Lenel, Jul. Nr. 343.

6) Ebenso Pampaloni, St. Senesi 9, 378, der jedoch annimmt, daß der Schlußsatz mit D. eod. 47; eod. 67, 1 (*soli!*) im Widerspruch stehe. So aber haben schon die Byzantiner den unklaren Satz nicht aufgefaßt: auch schol. τί γάρ zu Bas. 60, 12, 56 (Heimb. V 510) setzt einen zweifachen Diebstahl voraus. 7) Vgl. bereits gl. *obligatur* zdSt.

hat kein Subjekt, und *altera* steht statt *alia*. Mit dem zweiten *casus* fällt die Kennzeichnung der ersten Beispiele als *primus casus*. Die consecutio temporum des Beispielssatzes weist erneut darauf hin, daß die Verbindung zwischen ihm und den Anfangsworten eine andere gewesen sein muß.

Die Quintessenz der Julianischen Darlegung faßt Ulpian in D. eod. 46, 9 kurz zusammen.

§ 63. 7. Actio gegen den Kalumniator aus mehreren Bestechungen.

Ulp. D. 3, 6, 3, 3:

Illud erit notandum, quod qui dedit pecuniam, ut negotium quis pateretur, non habebit ipse repetitionem: turpiter enim fecit: sed ei dabitur petitio, propter quem datum est, ut calumnia ei fiat. quare si quis et a te pecuniam accepit, ut mihi negotium faceret, et a me, ne mihi faceret, duobus iudiciis mihi tenebitur.

Calumniator im Sinne des die Pönalklage[1]) verheißenden Edikts (D. eod. 1 pr.) ist, wofern die Bestechung positiv die Betreibung eines ungerechten Prozesses bezweckt, der Bestechende so gut wie der Bestochene.[2]) Wenn auch der letztere allein passiv legitimiert ist, so kann es doch der erstere niemals aktiv sein. Aber auch die *repetitio* (d. h. die sog. *condictio ob turpem causam*)[3]) hat er sich wegen eigener *turpitudo* verscherzt. Klagberechtigt ist vielmehr auf Grund des Edikts[4]) lediglich der durch die Bestechung Bedrohte oder Geschädigte.[5]) Hat dieser nun, um den Schaden abzuwenden, dem durch den Dritten Bestochenen gleichfalls Geld gegeben, so ist der Tatbestand des Edikts aufs neue erfüllt, und zwar wiederum zu seinen Gunsten; denn *calumniator* ist er selbst durch die Abstandsleistung nicht geworden. So erwächst eine (gleichartige) Konkurrenz der beiden prätorischen Aktionen, die, weil sie aus selbständigen

1) Die Pönalnatur steht fest; aus neuerer Zeit s. Mommsen, Strafr. 677 f., de Francisci, Azione pen. 74 f., Levy, Privatstr. 102 ff. Unrichtig Pernice, Lab. II 1, 43 N. 3, zweifelnd Kann 38.

2) Vgl. etwa Gai. D. 50, 16, 233 pr.; Paul. sent. 1, 5, 1.

3) Vgl. das *repetere* in D. eod. 7 pr. i. f. und Stephanos, schol. αἰσχρᾶς zu Bas. 60, 1, 3, 3 (Heimb. V 228); s. auch Mommsen a. a. O. 678 N. 2, Levy, ZSSt. 36, 39.

4) Darauf geht *dabitur petitio*: gut Stephanos, schol. διὰ τῆς a. a. O. (Heimb. V 229). Verwirrend die Basiliken selbst.

5) Mommsen und Kann a. a. O.

Tatbeständen entspringen, dem Kläger kumulativ zugute kommen. Das ist es auch, was Ulpian am Schlusse ausspricht: das *duobus iudiciis* auf die bloße Zuständigkeit zu beziehen, verbietet sich deshalb, weil das Gegenteil barer Unsinn wäre[1]); sind doch die ediktalen Voraussetzungen bei jeder der beiden Aktionen unabhängig von der anderen gegeben.

§ 64. 8. Actio rationibus distrahendis ∽ actio furti.

Wie sehr die Römer die Lösung einer Strafklagenkonkurrenz lediglich von der nach allgemeinen Regeln zu ermittelnden Gleichheit oder Ungleichheit der *causae actionum* abhängig machen[2]), erweisen besonders das oben[3]) abgedruckte Ulp. D 27, 3, 1, 22[4]) und die übereinstimmende Äußerung des Paulus in D. eod. 2, 1:

> *Quod si furandi animo fecit, etiam furti tenetur. utraque autem actione obligatur et altera alteram non tollet. sed et condictio ex furtiva causa competit, per quam si consecutus fuerit pupillus quod fuerit ablatum, tollitur hoc iudicium, quia nihil absit pupillo.*[5])

Beide Juristen stellen, da sie ex professo von der *actio rationibus distrahendis* handeln, zunächst die übrigens unzweifelhafte[6]) Zuständigkeit der *actio furti* fest. Alsdann betont Ulpian in durchweg klassischer Sprache[7]), daß derjenige, mit dem trotz seiner Haftung aus dem *furtum* mittels der *actio rationibus distrahendis* der Streit befestigt worden sei, dadurch von der *actio furti* nicht loskomme, und Paulus wiederholt es, lediglich in kürzerer, die beiderseitige Konkurrenz treffender Fassung.[8]) Der Grund liegt (nach Ulpians ausdrücklichen Worten) darin, daß kein *idem factum* vorliegt, insofern ja *causa* der *a. rat. distr.* nicht die Unterschlagung, sondern das als Rechtsverhältnis anerkannte *tutelam gerere* ist.[9]) Außerdem heben beide Fragmente die Doppelung der Obligationen hervor. Das wäre verwunderlich[10]), wenn nicht der Seitenblick auf die *una obligatio*[11])

---

1) Vgl. auch das *duo* in D. 47, 1, 2, 4. 6 (oben S. 464 N. 5).

2) S. oben S. 462. 3) S. 113.

4) Nicht hierher gehört Sab.-Ulp. D. 47, 2, 33 (dazu unten § 128), das die *a. rat. distr.* gar nicht erwähnt (anders Binder 348 N. 52) und die Konkurrenz zwischen *actio tutelae* und *actio furti* nur feststellt, nicht entscheidet.

5) Zum Schlußsatz unten § 112. 6) S. unten § 128.

7) Dies namentlich gegen die scharfen, aber grundlosen Anstände Kanns 63; vgl. oben S. 113 N. 4. 8) Vgl. oben S. 388. 9) S. oben S. 110 ff.

10) S. oben S. 113 N. 2. 11) Ulp. D. 27, 3, 1, 21.

der *actiones rationibus distrahendis* und *tutelae* deutlich würde. Dieser Gegensatz eröffnet aber auch von außen das Verständnis für die noch von den Spätklassikern verfochtene Kumulation. Die klassische Dogmatik sieht mit voller Entschiedenheit in der *actio rationibus distrahendis* einen Doppelgänger nicht der *actio furti*, sondern der *actio tutelae.* Mit der *eadem res* gegenüber der Tutelklage[1]) war die *alia res* gegenüber der Diebstahlsklage, mit der uneingeschränkten Kumulierung der *actiones furti* und *tutelae*[2]) die der *actiones furti* und *rationibus distrahendis* wenigstens nahegelegt.[3]) Denn schwerlich hätte man es als billig empfunden, dem mit der *a. rat. distr.* vorgehenden Kläger die *actio furti* zu verschränken, dem *tutelae iudicio* agierenden sie aber offenzuhalten. Daß insbesondere Paulus mit der Kumulation das endgültige praktische Ergebnis auszusprechen[4]) beabsichtigte[5]), macht die zur *condictio furtiva* sich wendende Fortsetzung — wie man sie auch beurteilen mag — erneut wahrscheinlich.

II. Passive Personenkonkurrenz.

§ 65. **Einleitung.**

Den Kern des Folgenden bildet die Darlegung der im Vorangehenden[6]) schon oft verwendeten Tatsache, daß prinzipale Mittäter kumulativ haften. Der Satz gehört, namentlich infolge der hier größeren Zurückhaltung der Kompilatoren, zu den unzweifelhaftesten des ganzen Konkurrenzrechtes und erfreut sich neuestens auch bei den Modernen steigender Anerkennung.[7]) Wirklich bestritten wurde er freilich auch zuvor nicht.[8]) Indem man jedoch das Gros der römischen Deliktsklagen quellenwidrig als Ersatz-

1) S. oben S. 143 ff. 2) Paul. D. 17, 2, 46 i. f.; dazu oben S. 427.

3) Mehr läßt sich nicht sagen: s. unten § 117 a. E.

4) und nicht bloß *eadem res* zu leugnen.

5) Ebenso im Ergebnis Eisele 79, 372, während Segrè, St. Fadda VI 379 N. 2 keine Erklärung wagt. — Tribonianischer als Tribonian denkt Siber 191, wenn er aus dem Paulusfragment eine „Solutionskonkurrenz" herausliest, weil „Kumulation hier unwahrscheinlich hohe Strafen ergäbe".

6) Namentlich S. 119 f., 168 ff., 171 ff., 288, 294 f., 300 f., 304.

7) Bonfante, Istit. 5. Aufl. 367 ff. (zurzeit mir unzugänglich), Albertario, Bull. 26, 105 f., Rabel 456 f.; vgl. auch Zanzucchi, Riv. ital. 42, 51.

8) S. etwa Mommsen, Strafr. 101 f. und die u. S. 477 N. 2, 3 Genannten.

klagen betrachtete[1]), engte man die praktische Bedeutung jenes Satzes für den Bereich des klassischen Privatprozesses ungebührlich ein, bald theoretisch folgerichtig zugunsten der Annahme von *eadem res*[2]), bald triboniansgläubig und vermittelnd zugunsten der sogenannten Solutionskonkurrenz.[3]) Beide Versuche halten einer Einzelprüfung nicht stand.

Die gehäufte Haftung prinzipaler Mittäter, die aus dem Wesen der *poena* unmittelbar abzuleiten ist[4]), wird von den Quellen als selbstverständlich behandelt und deshalb um ihrer selbst willen nirgends mehr in allgemeiner Fassung hervorgehoben. Nur zur Begründung anderweiter Erscheinungen läuft ab und zu[5]) eine Wendung unter, die den Standpunkt prinzipiell verrät: so wenn Ulpian in D. 27, 3, 15[6]) erklärt: *cum unusquisque doli sui poenam sufferat* oder wenn er gelegentlich der Haftung der *domini scientes detracta noxae deditione* ohne Beschränkung auf ein bestimmtes Delikt in D. 9, 4, 5 pr.[7]) vergleichsweise bemerkt: *quemadmodum si plures deliquissent, nec altero convento alter liberabitur.* Eine unmittelbare Folge dieser Anschauung liegt endlich in der kumulativen Straffälligkeit aller an einem Delikt beteiligten Sklaven, welcher entgegenzutreten es erst des bei dem *furtum* aufgekommenen, allmählich weitere Kreise ziehenden Edikts über die Taten einer *familia* bedurfte.[8])

Muß hiernach die *eadem res* überall schon an dem Ziel der Klagen scheitern, so tritt ihm gegenüber der Klaggrund an Bedeutung zurück. Aber ganz abgesehen davon, daß die Wissenschaft dieses Kriteriums nicht entraten kann, wenn sie die Wirkung des Klagziels in ihrer Reinheit erkennen will, haben auch die römischen

---

1) Hiergegen Levy, Priv. 11 ff., 135 ff., welchem Mitteis, ZSSt. 37, 336 f., Kübler, Berl. Phil. Woch. 1917, 658, Wlassak, Anklage und Streitbefestigung 126 N. 5 zustimmen.

2) Ascoli 10ff. und Bull. 4, 307ff. (über ihn auch unten S. 484f.), Binder 369 ff., Ferrini, Pand. 558 N. 3, Perozzi II 111 f., Biondi, Actiones arbitrariae I 43 N. 1 (übertreibend, mit Liter.).

3) Eisele 77, 464 ff., Pernice, Lab. II 1, 203. 4) Levy 2 f.

5) Nicht hierher gehört der Passus *opus enim . . . . . obligare* in Ulp. D. 43, 24, 15, 2: darüber oben S. 303 f. Unecht sind die allgemeinen Schlußwendungen in Pap. D. 26, 7, 38, 2 und Ulp. D. 27, 3, 1, 14: oben S. 236 f., 235.

6) Näheres unten § 128. 7) Näheres unten S. 494 ff.

8) Vgl. oben S. 341 ff.; s. weiter im Text.

Juristen die *causa* nicht aus dem Auge verloren. *Eadem causa* spielt, wie später zu zeigen[1]), bei der judizialen Konsumption eine beträchtliche Rolle; sie ist, wie schon jetzt zu erwähnen, die unbedingte Voraussetzung für die Anwendbarkeit des eben genannten Edikts über die *familia.* Und zwar in einem besonderen, den Begriff der *eadem causa* vertiefenden Sinne. Trotz Gemeinsamkeit des Handelns gilt die *causa* nicht als identisch, wenn die Handlung des einzelnen einen selbständigen, durch seine Person individualisierten Effekt hervorbringt. Aus diesem Grunde[2]) begeht eine zusammenwirkende *familia* zwar, wenn sie entwendet[3]) oder *damnum iniuria dat*[4]), *unum factum*[5]), nicht aber wenn sie sich einer Beleidigung schuldig macht, sei es gegen eine Privatperson (*actio iniuriarum*)[6]), sei es gegen die *maiestas praetoris* (*actio de albo corrupto*).[7]) Hier wird die Ehre in der Person eines jeden, der sie angreift, aufs neue verletzt, und der gemeinsame Anlaß kann den Anteil des einzelnen nicht mindern[8]), sondern steigert umgekehrt den Erfolg über die Summe der Einzelhandlungen hinaus.[9]) Deshalb keine analoge Ausdehnung des Familia-Ediktes: *plura facta* werden anerkannt, und Gaius (D. 47, 10, 34)[10]) sagt in nicht zu überbietender Exaktheit: *singulorum pro-*

1) §§ 114 ff.

2) Zutreffend insoweit Ferrini, Dir. pen. rom. 282 ff., Espos. 109 f.; vgl. auch Espos. 110 N. 1, 2, wo er mit Recht die Ergebnisse Pampalonis ablehnt, der Stud. Sen. 16, 207 ff. die charakteristischsten Sätze der im Folgenden genannten Fragmente grundlos verdächtigt.

3) Dig. Tit. 47, 6; vgl. Ulp. D. 47, 8, 2, 15 wegen der *a. vi bon. raptorum.*

4) Gai. D. 9, 2, 32 pr., Ulp. D. 47, 6, 1, 2; vgl. auch Ulp. D. 39, 4, 3, 3 (wo *furtum vel* interpoliert ist: Lenel, Ed. 325, 375 N. 1, P. Krüger zdSt.). — Die entgegenstehenden Worte in Paul. D. 2, 1, 9 *vel damnum dederunt* sind Glossem oder Interpolation (Pampaloni, Studi Senesi 16, 208 f., Ferrini, Espos. 109 N. 7, 110 N. 2, P. Krüger zdSt., anders noch Binder 363 f.). Auf D. 9, 2, 32 pr. berufen sich nicht bloß Pampaloni 205 f., Ferrini, Dir. pen. rom. 283; Espos. 109 N. 5. 7, de Francisci, Az. penali 45 N. 3, sondern auch P. Krüger, Digesten, 12. Aufl., 47 N. 1, wiewohl er unter dem Beifall Beselers III 45 Entscheidung und Begründung formell verdächtigt.

5) Paul. D. 2, 1, 9; *unum delictum*: Gai. D. 9, 2, 32 pr. (vor. Note).

6) Gai. D. 47, 10, 34.

7) Paul. D. 2, 1, 9, insoweit echt trotz Beseler III 83.

8) Ähnliches bei der aktiven Konkurrenz unten S. 506 f.

9) Über die bezeichnende Ausnahme mit Rücksicht auf *unum consilium, non plura facta* am Schluß von D. 2, 1, 9 vgl. Ferrini, Dir. pen. rom. 284.

10) Zur Inskription: Lenel, Ed. 324 N. 4.

prium est maleficium et tantum maior iniuria, quanto a pluribus admissa est. Für die Schärfe, mit der die *eadem causa* erfaßt wird, ist es bemerkenswert, daß sich an keiner sie bejahenden Stelle[1]), sondern nur in dem sie verneinenden Gaiusfragment die Denkform findet: *immo etiam tot iniuriae sunt, quot et personae iniuriam facientium.*[2]) In den Fällen wahrer Mittäterschaft galt nicht: *quot personae tot facta*, sondern: *tot poenae.*[3])

§ 66. 1. Actio iniuriarum.

Die soeben wiedergegebenen Schlußworte des Gaius in D. 47, 10, 34 erübrigen jede weitere Erörterung. Wenn irgendwo, so ist hier, wo selbst die *causae* notwendig verschiedene sind[4]) und die Strafnatur der Klage niemals angetastet worden ist, ein Zweifel an der Kumulation nicht denkbar. Gaius hebt sie nicht etwa hervor, um die Strafklage gegenüber angeblichen deliktischen Ersatzklagen ns Licht zu setzen[5]), sondern um die Nichtanwendbarkeit des Familia-Ediktes aus der Verschiedenheit der *facta* abzuleiten. — Auf das in Paul. D. 2, 1, 9 liegende Zeugnis ist gleichfalls eben hingewiesen. Dagegen haben Ulp. D. 47, 10, 11, 3—6 außer Betracht zu bleiben[6]), da hier sichtlich nur die Passivlegitimation zur Besprechung kommt.[7])

§ 67. 2. Actio de albo corrupto.

Die *actio* steht mit der *actio iniuriarum* auf einer Stufe. Wie Paul. D. 2, 1, 9 zeigt, ist auch hier eine gemeinsame *causa* nicht möglich, und die Strafnatur dieser Popularklage ist angesichts der fixen Geldsumme, auf die sie geht[8]), keiner Anfechtung ausgesetzt.[9]) Ist nicht einmal das Familia-Edikt anwendbar, so kann an der multiplikativen Haftung mehrerer freier Täter um so weniger ge-

1) Auch nicht in Jul. D. 9, 2, 51, 2 i. f.: hierzu oben S. 283 N. 7.

2) Die Verallgemeinerung dieser Worte auf das ganze Privatstrafrecht, wie sie Eisele 77, 464 vornimmt, geht daher fehl.

3) Diese Formulierung ist wörtlich nicht überliefert.

4) Vgl. das eben Bemerkte. 5) So z. B. noch Binder 380.

6) Gegenüber *tam — quam* in § 3 und *utroque* in § 4 s. oben S. 47 f.

7) Vgl. auch Lenel, Ed. 386 N. 1.

8) D. 2, 1, 7 pr.; dazu Lenel 57 N. 5.

9) Wenig klärend Binder 363 f.

zweifelt werden. Von ihnen handeln Ulp. D. eod. 7, 5 und Gai. D. eod. 8 in einer Ausdrucksweise, die über den Einzelfall hinaus von Bedeutung ist. Ulpian beschäftigt sich mit der Passivlegitimation des Täters und des *mandans* und nur mit ihr. Die Worte: *si uterque dolo malo fecerit, ambo tenebuntur: nam et si plures fecerint, vel corruperint vel mandaverint, omnes tenebuntur* besagen, wie der vorausgehende Gegensatz erweist, zunächst, daß, wenn sowohl Täter wie *mandans* dolos sind, beide haften; das wird mit der feststehenden Tatsache begründet, daß auch mehrere gleichartige Komplicen[1]) sämtlich (*omnes*) haften. Diese Tatsache ist freilich selbstverständlich; sie bekommt aber als Rechtfertigung des zu beweisenden Satzes (*nam et*) einen Sinn; ihn würde der Schlußpassus einbüßen, wenn man darin die Konkurrenz bereits als kumulative bezeichnet fände. Auch Tribonian hat ihn so verstanden; sonst hätte er nicht zwecks Entscheidung der Konkurrenz den Gaius herangezogen, der mit eindeutigen Worten sagt:

adeo quidem, ut non sufficiat unum eorum poenam uere

Hinzuzufügen ist hier nur, daß der Gebrauch des *sufficere* den Beiklang hineinträgt, es könne auch von judizialer Konsumption keine Rede sein.[2])

§ 68. 3. Actio furti.

Des Paulus Worte *non ut in furto unum* (*factum*) in D. 2, 1, 9 kennzeichnen den Differenzpunkt zwischen der *actio furti* und den beiden eben behandelten Klagen. Die *causa* kann hier identisch sein.[3]) Sie kann es, aber muß es nicht. Auch wenn sie es nicht ist, kann vermöge anderer Umstände, z. B. der Identität des gestohlenen Objekts, eine beachtenswerte Konkurrenz bestehen. Gerade der Hauptstelle liegt ein solcher Fall zugrunde.[4]) Nachdem Pomponius in D. 47, 2, 77, 1 sich ausführlich darüber verbreitet hat, daß nicht der von B bestohlene Dieb A, sondern der Eigentümer gegen den B eine *actio furti* hat[5]), heißt es:

1) Sei es daß sie Täter, sei es daß sie *mandantes* sind: *fecerint* faßt wie vorher das *fecerit* beides zusammen.

2) Hierzu unten § 109.

3) Vgl. oben S. 478 bei N. 3. 4) S. oben S. 26.

5) Neuerdings hierzu F. Schulz, ZSSt. 32, 28 N. 3; 41; 97 N. 2, dem nicht durchweg beizupflichten ist.

dominus igitur habebit cum utroque furti actionem, ita ut, si cum altero furti actionem inchoat, adversus alterum nihilo minus duret: sed et condictionem, quia ex diversis factis tenentur.

Mit einem *igitur* zieht Pomponius also die Summe dahin, daß die beiden Diebe dem Eigentümer gegenüber mit den *actiones furti* passiv konkurrieren, wobei wiederum[1]) auffällt, daß *uterque* die Existenz, aber nicht die Entscheidung der Konkurrenz kundtut. Diese folgt erst mit *ita ut* und zwar in eminent klassischem Sinne. Die Nichtkonsumption der zweiten *actio* wird auf die mangelnde Gesamtwirkung der ersten *litis contestatio*[2]) zurückgeführt, wie wenn ein späterer Moment gar nicht in Frage käme: ein untrügliches Zeichen dafür, daß die anders denkenden Kompilatoren hier ferngeblieben sind.[3]) In der Sache selbst bedarf es einer weiteren Erläuterung nicht. — Um so merkwürdiger berührt der mit *sed et* anhebende Schluß. Er macht ganz den Eindruck eines hinterher hinkenden Glossems oder Emblems, und was er besagen soll, bleibt im unklaren. Geht man von *condictionem* aus, so läßt sich als Verbum nur *habebit* ergänzen, als Sinn also nur der vermuten, daß die Zuständigkeit der *condictio* gegen beide Diebe betont werden soll. Dazu paßt aber wieder die (subjektlose) Begründung nicht, die als thema probandum eine Kumulation zu verlangen scheint. Ein befriedigender Auslegungsversuch ist denn auch noch nicht gelungen.[4]) Daß mit den *diversa facta* zweier Diebe der doppelte Gegensatz zu einer einzigen dauernden *contrectatio* eines einzigen Diebes bezeichnet werden sollte[5]), ist ohne jede Stütze. Daß einmalige „Leistung" die Kondiktionen zum Erlöschen bringe[6]), ist gleichfalls nicht herauszulesen. Ebensowenig besteht ein Anhalt für die in Wirklichkeit zu erwartende Entscheidung, daß die Rückgabe des Diebsgutes gemäß D. eod. 55, 3[7]), eine sonstige Leistung (oder die Streit-

1) Vgl. die eben besprochenen D. 47, 10, 11, 4 und D. 2, 1, 7, 5 (*ambo*) sowie D. 9, 2, 48 (oben S. 472) und D. 15, 3, 3, 10 i. f. (unten § 176).

2) Die hier in seltenerer, aber echter (vgl. auch Consult. 6, 8. 9) Weise durch *actionem inchoare* ausgedrückt wird: vgl. auch Wlassak, Litiskontestation 56 N. 3, R.-E. I 304, Anklage und Streitbefestigung 80.

3) Man vergleiche das bezeichnende späte schol. ἀλλ' οὐδέ zu Bas. 60, 12, 76, 1 (Heimb. V 526 f.). 4) Vgl. Basil. und schol. citt. sowie gl. *condictionem* adhl.

5) So Savigny, System V 235 N. e. 6) So Binder 375 f.

7) S. oben S. 417 f.

befestigung) gemäß D. 13, 1, 14, 2[1]) die Konkurrenz beendige. Das *et* deutet im Gegenteil an, daß es so wie bei der *actio furti* mit der Kumulation sein Bewenden habe. Nimmt man hinzu, daß Pomponius sich in dem ganzen § 1 ausschließlich mit der *actio furti* befaßt[2]), die Kompilatoren dagegen auch sonst bestrebt sind, in derartige Erörterungen die *condictio furtiva* einzustreuen[3]), so wird man sich zur Eliminierung der beanstandeten Worte entschließen müssen.

Aber auch aus einem und demselben gemeinsamen Diebstahl (*eadem causa*) haften die Diebe mit der *actio furti* kumulativ. Als Quellenbelege hierfür sind Jul. D. 9, 2, 51, 2 i. f.[4]) und Ulp.[5]) D. 47, 2, 21, 9 allerdings auszuschalten, da es dort nur darauf ankommt, das *omnes* (*in solidum*)[6]) *teneri* gegenüber dem *neminem* und *pro parte teneri* klarzustellen. Dagegen sind Ulp. D. 47, 4, 1, 19 und Diocl. C. 4, 8, 1 in Betracht zu ziehen: an ersterer Stelle rechtfertigt der Jurist eine sofort[7]) zu besprechende anderweite Kumulation mit dem *exemplo furti*, an letzterer[8]) wird eine solche durch den Gegensatz *in solidum* — *electio* dargetan.[9]) Daß die Tat gemeinsam begangen ist, versteht sich mangels besonderer abweichender Anhaltspunkte überall von selbst.[10]) — Dazu tritt endlich Ulp. D. 47, 6, 1 pr., wonach, wenn das Edikt über das *furtum familiae* nicht wäre, der *dominus omnes* (*servos*) *dedere aut pro singulis aestimationem litis offerre cogatur*, also wegen aller *servi* kumulativ belangbar wäre. — Diesem einhelligen Ergebnis gegenüber kann es nicht verfangen, daß, wie Quinktilian[11]) mitteilt, hier und da ein Dieb gegen die Kumulation remonstrieren mochte: *duo surripuerant pariter 10 000; petuntur ab utroque quadragena; illi postulant, ut vicena conferant.* Auch Ferrini[12]) hält Zweifel hierüber im klassischen Rom für unmöglich.

---

1) S. unten § 99.
2) Nur begründungshalber heißt es einmal: *quia condictione tenetur.*
3) Vgl. z. B. oben S. 343 N. 5 a. E.
4) Die Echtheit dieses Satzes ist insoweit nicht bestritten: Beseler III 27.
5) Seine Autorschaft ist sicher: vgl. Mommsen und Lenel, Pal. zdSt.
6) S. oben S. 46 N. 9. 7) S. 483.
8) Dazu oben S. 284 f.; vgl. auch Eisele 77, 438 f., Binder 376 f.
9) Vgl. oben S. 42 N. 6, 47 N. 1. 4.
10) Zutreffend Eisele 77, 468, Binder 380.
11) Inst. or. (ed. Bonnell) 7, 6, 2; vgl. auch 7, 4, 44.
12) Dir. pen. rom. 281.

§ 69. 4. Actio gegen diejenigen, qui testamento liberi esse iussi erunt, post mortem domini ante aditam hereditatem subripuisse aut corrupisse quid dicentur.

Ulp. D. 47, 4, 1, 19:

Si plures servi libertatem acceperunt et dolo malo quid admiserint, singuli convenientur in solidum, hoc est in duplum. et cum ex delicto conveniantur, exemplo furti nullus eorum liberatur, etsi unus conventus praestiterit.

Wie diese Klage, was das *subripuisse* anlangt, *ad similitudinem furti competat*[1]) und in ihrem Wesen eine wahre *actio furti* ist, so muß sie ihr auch in ihrer Anwendung auf Mittäter entsprechen. Für das *corrupisse*[2]) erhellt das gleiche Resultat daraus, daß die ganze Klage in bezug auf jedes *admittere*, jedes *delictum* in unserem Fragment einheitlich behandelt wird. Dies bestätigt der Wortlaut. Der erste Satz spricht die Haftung eines jeden auf das Ganze[3]) aus und statuiert damit die Konkurrenz; der zweite löst sie unter willkommenem Hinweis auf die *actio furti* im Sinne der unbeschränkten Kumulation, wobei als die Voraussetzung, von der aus die Frage der Konsumption zu beurteilen ist, auch hier wieder die erste *litis contestatio* (*conveniantur*) erscheint. Dieser klassische Eindruck wird durch die vier Schlußworte geschmälert: sie begrenzen nicht etwa, wie das *etsi* vorgibt, den Sinn des Tatbestandes, sondern fügen ihm an unpassender Stelle ein bisher gar nicht in Frage gekommenes Moment hinzu, dessen byzantinischer Charakter zudem zur Genüge bekannt ist. Hätte Ulpian auf die Wirkungslosigkeit auch der Zahlung hindeuten wollen, so hätte er *conventus* weggelassen[4]), während die Verbindung der beiden Gesichtspunkte im Verein mit dem Fehlen des Objekts neben *praestare*[5]) einen fast sicheren Schluß auf die Kompilatoren gestattet. Ist er richtig, so ist das Emblem ein wertvolles Zeugnis dafür, daß die Kompilatoren an der kumulativen Haftung mehrerer Täter gegenüber einer Strafklage grundsätzlich[6]) keinen Anstoß nahmen und sie nur mit ihrem System besser in Verbindung zu setzen trachteten.

1) Ulp. D. eod. 1, 17, von de Francisci, Az. penali 45 mit unzureichenden Gründen verdächtigt.

2) Vgl. Ulp. D. eod. 1, 14; eod. 1 pr. und dazu Lenel, Ed. 322.

3) *In solidum*: s. oben S. 46 N. 9. 4) Vgl. oben S. 333.

5) S. oben S. 349 N. 1. 6) S. aber z. B. unten S. 498 ff.

§ 70 5. Actio legis Aquiliae.

Was der eben besprochenen Spezialklage über das *corrupisse* recht ist, muß der wesensgleichen *actio legis Aquiliae* billig sein. Schon hieraus folgt die kumulative Haftung der Mittäter. Sie ergibt sich ferner aus der nur so verständlichen[1]) Ausdehnung des Edikts über das *furtum familiae* auf das Recht der Sachbeschädigung.[2]) Endlich wird sie von Ulp. D. 9, 2, 11, 2 deutlich ausgesprochen:

Sed si plures servum percusserint, utrum omnes quasi occiderint teneantur, videamus. et si quidem apparet, cuius ictu perierit, ille quasi occiderit tenetur: quod si non apparet, omnes quasi occiderint teneri Iulianus ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.

Der Entscheidung der Konkurrenz geht wieder ihre Feststellung voraus. Der Ton der ersten Frage liegt darauf, ob die mehreren *quasi occiderint* d. h. *ex capite primo* haften. Die Antwort teilt sich. Ist festzustellen, wer den tödlichen Schlag geführt hat, so haftet dieser allein *ex capite primo*, die übrigen nur *ex capite tertio*, ohne daß es darauf ankommt, ob auch deren Tun später einmal den Tod hätte herbeiführen müssen.[3]) Ist der Totschläger dagegen nicht festzustellen, so haften, wie Julian seinerseits unter Berufung auf die *veteres* gelehrt hat[4]), *omnes quasi occiderint* d. h. nach Kapitel I. Wie konkurrieren die *omnes?* In der klarsten und korrektesten Form wird die Liberation, also die Konsumption verneint.[5]) Daran schließt sich eine Begründung, die vergleichsweise die von einem der Täter geleistete Zahlung heranzieht und deren Gesamtwirkung ebenfalls verneint aus dem erschöpfenden Grunde: *cum sit poena.* Denn da die *causa* identisch ist, so gibt die Strafnatur der Klage[6]) und sie allein gegen die Konsumption den Ausschlag.

Das hat schon Ascoli[7]) treffend gewürdigt. Und ebenso treffend ist sein argumentum e contrario, daß, wo das Ziel einer Deliktsklage

1) Vgl. oben S. 477. 2) Hierzu oben S. 478 N. 4.

3) So Ulpian (§ 3) im Anschluß an Celsus und Marcellus und im Gegensatz zu Julian: oben S. 25.

4) D. 9, 2, 51, 1. — Für das öffentliche Strafrecht vgl. Paul. sent. 5, 23, 4 = Coll. 1, 7, 2.

5) Vgl. Ascoli 41, Binder 315; etwas blaß gibt Kalb, Wegweiser 121 f. das *agere* nur mit „klagen" wieder. 6) Levy, Priv. 135 ff., 147 ff.

7) 40 f., zustimmend Ferrini, Pand. 559 N. 3.

nicht *poena* sei, *ceteri liberantur.* Wie richtig das ist, hat uns das Beispiel der *condictio furtiva* vor Augen geführt.[1]) Nur darin täuschte sich Ascoli, daß er die Zahl der deliktischen Ersatzklagen und damit die Tragweite seiner Schlußfolgerung gewaltig überschätzte. Aber innerlich ist seine Beweisführung schlüssig[2]); insbesondere widersteht sie den wenig sorgsamen Angriffen, die Eisele[3]), um die tribonianische „Solidarobligation" nebst der Anschauung von den deliktischen Ersatzklagen zu retten, gegen ihn gerichtet hat. Daß Eisele in einer Anmerkung[4]) den Passus *et si cum uno agatur, ceteri non liberantur*, den nur ein Klassiker schreiben konnte, ohne Begründung apodiktisch für interpoliert erklärt, mag als ein offenbares Versehen um so eher beiseite bleiben, als sein eigener Text von der Echtheit des Satzes ausgeht. Wenn er aber dem Fragment die Beweiskraft deshalb nehmen will, weil es von getrennten Handlungen spreche, und er diese Behauptung daraus herleitet, daß der von Ulpian zitierte Passus des Julian (D. eod. 51, 1) zwischen Ausführungen stehe, die getrennte Handlungen voraussetzen, so muß solche Beweisführung[5]) Kopfschütteln hervorrufen.[6]) Julian handelt in dem ganzen Fragment 51 davon, ob der, der den *servus* tödlich verwundet hat, auch dann ex cap. I haftet, wenn ein anderer ihn danach selbständig getötet hat. Nur um für seine Bejahung bei den *veteres* eine Stütze zu finden, zieht er im § 1 einen Parallelfall herbei, in welchem gleichfalls jemand ex cap. I gestraft wird, ohne selbst den zum unmittelbaren Tode führenden Schlag getan zu haben. Das allein ist das tertium comparationis; das Moment der Gemeinsamkeit der Tat scheidet hier ganz und gar aus. Um dieses Moment zu erkennen, muß man den Tatbestand des § 1 durchaus für sich betrachten. Da wäre es nun höchst absurd gewesen, wenn die *veteres* sich mit dem Fall befaßt haben sollten, daß A und B den *servus* zu verschiedenen Zeiten tödlich verletzt hätten, aber nicht zu ermitteln sei, wer von

1) Oben S. 279 ff.

2) Das erkennt auch Binder 378 f. an (vgl. unten N. 6).

3) 77, 466 f. 4) a. a. O. 467 N. 82.

5) Sie ist nur verständlich aus Eiseles Bestreben, sowohl in der Frage der *causa* wie in der des Zieles das Gegenteil von dem anzunehmen, was fr. 11 § 2 deutlich ausspricht.

6) Trotzdem hat sie im wesentlichen Binders (378 f.) Zustimmung gefunden.

beiden dem anderen zuvorgekommen wäre. Und hätten die *veteres* selbst so gedacht: Julian trägt den Fall vor, daß *a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret, cuius ictu perisset*; er müßte ein Querkopf gewesen sein, wenn er geglaubt hätte, bei irgendeinem Leser jenen angeblichen Gedankengang der *veteres* voraussetzen zu können. Der Fall Julians und unabhängig davon der Fall Ulpians in unserem Fragment ist anders als von gemeinsamem Delikt überhaupt nicht zu fassen, ganz abgesehen von der Präsumption, die bei dem Tatbestand *si plures . . . . percusserint* ohne weiteres für *eadem causa* spricht.[1])

Nur mit einer solchen ist weiter die Begründung *nam ex lege Aquilia . . . .* vereinbar, und so erklärt Eisele sie seiner „getrennten Handlungen" wegen für interpoliert.[2]) Auch das durchaus mit Unrecht. Daß die Gesamtwirkung der *litis contestatio* und die der Zahlung gesondert besprochen und nur in vergleichende Beziehung[3]) zueinander gesetzt werden, ist ein Kennzeichen klassischen Denkens[4]) gegenüber dem Gedankengang der Byzantiner, die die Zahlung in den Prozeß verlegen und beide Gesichtspunkte vermengen.[5]) Aber auch das andere Echtheitskriterium, das bei der Besprechung des D. 14, 1, 1, 24 verwandt wurde[6]), begegnet hier.

---

1) S. oben S. 482 N. 10.

2) Im Ergebnis ebenso Rabel 457 N. 1, unentschieden Binder 379; für Echtheit außer Ascoli, Seckel (unten S. 487 N. 2), Kalb auch de Francisci, Az. penali 68.

3) Daß hier — genauer gesprochen — die Nichtwirkung der Zahlung als Begründung erscheint, darf nicht gegen den Satz von der Priorität der Wirkung der *litis contestatio* (s. oben S. 186 ff.) verwertet werden. Der *nam*-Satz wird jetzt allgemein (vgl. Ascoli 41, Eisele 466, Binder 314) in dem Sinne verstanden, daß „nicht einmal" die Zahlung befreit, also wie wenn es etwa *nam ex lege Aq. et quod . . . .* hieße. Die Wirkungslosigkeit der Zahlung gilt demnach mit Recht nicht als Grund des Versagens der *l. c.*, sondern nur als eine Parallelerscheinung, von der aus deshalb a potiori geschlossen werden kann, weil das Gebiet der Gesamtwirkung der Zahlung ein weiteres als das der *l. c.* ist: vgl. oben S. 372 f. Man hat also nicht nötig, auf die bisweilen untechnische Verwendung des *nam* (Kalb, Jur. Lat. [2. Aufl.] 63 f., Wegweiser 121, Seckel h. v.) zurückzugreifen. 4) Vgl. oben S. 333, 370 f., 418 N. 1.

5) So auch hier der Index des Dorotheos: οὐδεὶς γὰρ ἀπαλλάττεται τοῦ Ἀκουϊλίου ἐξ ὧν ἕτερος ἡμαρτηκὼς καταδικάζεται, ἐπειδὴ ποινή ἐστι τὸ διδόμενον (schol. ἐπὶ ὁμοίῳ i. f. zu Bas. 60, 3, 11, 2 [Heimb. V 273]).

6) Oben S. 333 ff.

Eminent unteilbar ist die *litis contestatio*, eminent teilbar die *solutio*: *quod alius praestitit* steht mit *quid sit solutum*; *relevat* mit *minuit* auf gleicher Stufe: die *litis contestatio* „befreit" notwendig völlig, die *praestatio* „erleichtert" nur insoweit, als geleistet ist. Das Wort *relevare* für *liberare* ist also nicht, wie Eisele[1]) meint, ein Indiz für Emblem, sondern für Echtheit[2]), und wenn er weiter einwendet, daß Ulpian in D. 9, 2, 27, 11 die *actio legis Aquiliae* als reipersekutorisch erachtet habe, so wird auch hiervon das Gegenteil zu erweisen sein.[3])

Neben dem die Frage restlos lösenden fr. 11 § 2 sind andere Belege von untergeordneter Bedeutung. Hingewiesen sei hier zuerst auf den § 4 desselben Fragments:

Si plures trabem deiecerint et hominem oppresserint, aeque veteribus placet omnes lege Aquilia teneri.

Könnte man den Fall als ein beliebiges Beispiel passiver Personenkonkurrenz *ex eadem causa* auffassen, so dürfte man mit Rücksicht auf die gleichmäßige Beteiligung der *omnes* folgern, daß deren Passivlegitimation selbstverständlich sei und daß Ulpian mit dem *aeque* nur auf die Konkurrenzentscheidung des § 2 habe verweisen wollen, und zwar um so eher, als der dazwischenliegende § 3, der ja auch an den § 2 anknüpft, gar keinen Fall von *omnes teneri* enthält. Bedenkt man aber, daß die deliktische Verwendung der *trabes quam singuli ferre non possent*[4]) stets mit der Frage verbunden ist, ob denn *omnes teneri existimantur*, und daß Ulpian in dem ganzen Zusammenhang mit der Passivlegitimation befaßt ist, so liegt es näher, auch den § 4 auf diese Frage zu beziehen.[5]) Das *aeque* deutet dann auf das *omnes quasi occiderint teneri* zurück; ob auch weiter auf die Lösung dieser Konkurrenz, ist nicht auszumachen. — Nicht viel mehr bietet Julian in D. 9, 2, 51. Zunächst ist auch ihm, wie eben[6]) angedeutet, unmittelbar nur an einem die Passivlegitimation betreffenden Problem gelegen. Allerdings kommt er im § 2 auf die Ästimation, die *non eadem in utriusque persona fiet*, zu sprechen, wobei er ausdrücklich die Kumulierung beider *poenae* voraussetzt.

1) A. a. O.; viel zurückhaltender über *relevare* später ZSSt. 30, 102.

2) Sehr richtig Seckel, *relevare* 3 a, auch ausdrücklich zu unserem Fragment. 3) S. unten § 90.

4) D. eod. 51, 2 i. f.; vgl. ferner D. 47, 2, 21, 9.

5) So auch Bas. 60, 3, 11, 4 (Heimb. V 274) nebst späten Scholien.

6) S. 485 f.

Allein die Täter haben hier selbständig zu verschiedenen Zeiten gehandelt; die *causa* ist also gleichfalls *diversa*, wie Julian mit bemerkenswerter Klarheit betont: *eiusdem ergo servi occisi nomine alius maiorem, alius minorem aestimationem praestabit, nec mirum, cum uterque eorum ex diversa causa et diversis temporibus occidisse hominem intellegatur.* Aber — und das ist bezeichnend — er betont es nicht als Grund für die Kumulation[1]), sondern für die verschiedene *aestimatio*, die von Celsus bestritten war.[2])

§ 71. 6. Actio arborum furtim caesarum.

Pomp. D. 47, 7, 6 pr.:

Si plures eandem arborem furtim ceciderint, cum singulis in solidum agetur. § 1. *At si eadem arbor plurium fuerit, universis dumtaxat una et semel poena praestabitur.*

Daß diese Worte sich auf die pönale[3]) *actio arborum furtim caesarum*, nicht auf die Zwölftafelklage beziehen, wird später[4]) dargelegt werden. Hätten wir das Principium ohne den § 1, so würde die Vieldeutigkeit des *in solidum*[5]) es für unsere Frage unverwertbar machen, insofern man den Gegensatz in einem *pro partibus* vermuten könnte. Diese Möglichkeit schließt der § 1 aus, der mit deutlichem *at* den Gegensatz in das *universis dumtaxat una et semel poena* verlegt. Nicht dieses, sondern *cum singulis in solidum* soll gelten. Das kann nichts anderes bedeuten als ungehemmte Kumulation, die, da gemeinsame *causa* vorauszusetzen ist, allein auf die in § 1 erwähnte *poena* zurückgeführt werden muß. — Übrigens tritt die verschiedene Bedeutung, die die Strafnatur einer Klage für die passive und für die aktive Konkurrenz hat[6]), kaum je so präzise hervor wie in dem Kontrast dieser beiden Stücke.

§ 72. 7. Interdictum quod vi aut clam.

Über die einzige Belegstelle D. 43, 24, 15, 2 ist oben[7]) eingehend gehandelt worden. Das Ergebnis ist auch hier kumulative Haftung der Mittäter.

1) So Eisele 467. 2) Ulp. D. eod. 21, 1.
3) D. eod. 7, 6. 4) § 117.
5) S. oben S. 46 f., bes. 47 N. 1.
6) Oben S. 376 f.
7) S. 296 ff., bes. 300 f.

§ 73. 8. Actio gegen diejenigen, die eum qui in ius vocabitur vi eximant.

Ulp. D. 2, 7, 5, 3:

Hoc iudicium in factum est: et si plures deliquerint, in singulos dabitur, et nihilo minus manet qui exemptus est, obligatus.

Da sich die Passivlegitimation der *plures* von selbst versteht und an eine Ratenhaftung nach allgemeinen Erfahrungen und bei dem Mangel eines Anhalts für die Anteilsbildung nicht gedacht werden kann, so muß Ulpian die Kumulierung der Klagen gemeint haben.[1]) Positiv wird das dadurch bekräftigt, daß er im Schlußsatz die (selbstverständlich kumulative) Konkurrenz mit dem Eximierten gleichfalls in Betracht zieht. Sie bringt er übrigens nochmals in D. eod. 6 (Lenel Nr. 1021) zum Ausdruck, einem Fragment, das abgesehen von der auf die Strafnatur[2]) gestützten Begründung durch seinen nur mit der Zahlung, nicht mit einem Prozeß operierenden Inhalt sympathisch berührt.[3])

§ 74. 9. Actio gegen die Publikanen wegen ungerechtfertigter Zwangsbeitreibung.

Modestin. D. 39, 4, 6:

Si multi publicani sint, qui illicite quid exegerunt, non multiplicatur dupli actio, sed omnes partes praestabunt et quod ab alio praestari non potest, ab altero exigetur, sicut divus Severus et Antoninus rescripserunt: nam inter criminis reos et fraudis participes multum esse[4]) *constituerunt.*

Welche *actio* hat der Jurist hier im Sinne? Lenel[5]) denkt an ein von dem Edikt D. eod. 1 pr. abweichendes Edikt *quod publicanus illicite exegerit*. Aber dessen Existenz ist nicht bewiesen. Ein *illicite exigere* findet sich in den Ediktskommentaren nicht; auch sonst begegnet es nur noch an einer Stelle.[6]) In der Kompilation erscheint

1) Ebenso de Francisci, Az. penali 52. — Bekker, Aktionen I 177 N. 28 zweifelt.

2) Diese bestreitet Eisele 77, 465 N. 79, obwohl die *poena* hier nicht einmal eine Ersatzfunktion ausübt. 3) Vgl. oben S. 333.

4) P. Krüger, Mél. Girard II 41 f. vermutet Abschreiberversehen statt *interesse*.

5) Ed. 375; ihm folgt Biondi, Studi sulle actiones arbitrariae I 168 ff.

6) Paul. sent. D. eod. 9, 5. — Dagegen sprechen Septim. Severus und

der Ausdruck als bloße Umschreibung des ediktalen *vi adimere*, und sachlich ist dagegen in der Tat nichts zu erinnern. *Vis* bezeichnet, wie gewöhnlich[1]), objektiv die Gewaltanwendung im weitesten Sinne, hier diejenige Gewalt, die die Publikanen „in Ausübung ihrer halbamtlichen Tätigkeit bei Beitreibung der gepachteten Steuer“[2]) widerrechtlich ausüben. Das subjektive Erfordernis eines *dolus* fehlt. Nur so begreift es sich, wie das *vi-adimere*-Edikt gegenüber der auf den dolosen Täter beschränkten[3]) *actio vi bonorum raptorum* in Voraussetzung und Höhe der Bestrafung Milderungen[4]) enthalten konnte, die anderenfalls den an sich schon übermächtigen Steuerpächtern das Rückgrat nur noch gestärkt hätten.[5]) Die Anwendungskreise beider Aktionen schneiden sich; sie können[6]), aber

---

Caracalla (C. 2, 11, 2; a. 197) ähnlich wie Cic. in Verr. II 3, 10 § 26 allgemein vom *plus debiti nomine tributorum exigere*. Auch C. 4, 62, 3 (Valerian und Gallienus) weicht ab.

1) So bei dem *vi eximere* des Edikts Lenel § 12 (D. 2, 7, 3, 2), bei der *actio vi bonorum raptorum* (unten N. 3), im *vim fieri veto* der prohibitorischen Interdikte, beim *interdictum quod vi aut clam* (D. 43, 24, 1, 5 [Quintus Mucius scripsit]; eod. 7, 4); s. namentlich auch Alfen. D. 44, 7, 20 (oben S. 289 N. 6 auf S. 290). Wo subjektive Rechtswidrigkeit gefordert wird, sprechen die Juristen von *vis atrox*. Dort heben sie die Besonderheit auch ausdrücklich hervor: D. 4, 2, 1 i. f.; eod. 3, 1 (*actio qu. metus causa*); D. 43, 16, 1, 3 (*interd. unde vi*, auf welches allein Ciceros *in vi dolus malus inest* [p. Tull. 12, 29] abzielt; die Verwendung des Satzes für die *actio vi bonorum raptorum* [ibid. 14, 34] ist nur bei der in concreto dort vorliegenden *vis* annehmbar). Einiges hierzu bei Pernice, ZSSt. 5, 130 N. 4, Mommsen, Strafr. 652 N. 1, Berger, R.-E. IX 1614, 1663, 1677 f.

2) Pernice a. a. O. 129, dessen sehr gute Darstellung (128 ff.) überhaupt gegenüber Karlowa II 34 ff. zu vergleichen ist.

3) Beweis: Ulp. D. 47, 8, 2 §§ 18—20 (Lenel, Ed. 382 N. 2) und Inst. 4, 2, 1 init. Namentlich der in D. eod. 2, 20 init. besprochene Publikanenfall kann nur den Sinn haben, die Verschiedenartigkeit der Klagvoraussetzungen ins Licht zu stellen. Das entgegenstehende Stück *nam — in se et vim* in Ulp. D. 47, 8, 2, 8 ist ein an äußeren Anstößen reiches Emblem (vgl. schon Keller, Semestria ad Cic. 564, Pernice, Lab. II 1, 154 N. 1) und durch den Ausspruch Ciceros (oben N. 1) nicht zu retten. Zu Edikt und Formel der *actio vi bonorum raptorum* s. oben S. 430 N. 5.

4) Ganz ebenso Ulp. D. 39, 4, 1, 3. 4 init., von Beseler III 63 unzutreffend beanstandet; vgl. auch Kalb, Wegweiser 105.

5) Sehr richtig Ulp. D. eod. 1, 4 i. f., von Beseler III 33 grundlos verdächtigt; vgl. auch Pernice, ZSSt. 5, 130 N. 4 a. E.

6) Pomp.-Ulp. D. eod. 1, 4; wegen Paul. D. eod. 9, 5 s. oben S. 434 f.

müssen nicht konkurrieren. Je deutlicher so die in D. eod. 1 pr. verheißene *actio* von der gemeinen Raubklage sich abhebt, um so weniger ist sie von der angeblichen Sonderklage wegen „unerlaubter Beitreibung" zu unterscheiden. Nimmt man hinzu, daß auch diese mit Restitutionsklausel ausgestattet[1]) und auf das Doppelte gerichtet[2]) gewesen sein soll, so ist an ihrer Identität mit der in den Ediktskommentaren reichlich belegten *actio* aus dem *vi adimere* nicht zu zweifeln.[3])

Daß diese pönale Klage *rei persecutionem continet*, ist von vornherein zu vermuten, weil eine *condictio indebiti* gegen die Publikanen selbst keineswegs immer zur Verfügung steht. Für eine von dem Sachverfolgungseffekt ganz absehende Strafe gegen möglicherweise Unschuldige war auch kein Bedürfnis. Das bestätigt derselbe Gaius, der sich gegen die Ersatzfunktion der *poena vi bonorum raptorum* sträubt[4]): D. 39, 4, 5, 1:

> *Quaerentibus autem nobis, [utrum duplum totum poena sit et praeterea rei sit persecutio,] an in duplo sit et rei persecutio, [ut poena simpli sit,] magis placuit, ut res in duplo sit.*

Die unausstehliche Weitschweifigkeit und das fünfmalige *sit* lassen sofort aufmerken. Aber deshalb darf man noch nicht, wie Kann[5]), Biondi[6]) und Albertario[7]) wollen, das Ganze mit Stumpf und Stiel tilgen. Die Zerteilung des Duplums in zwei wesensverschiedene Simpla und die damit verbundene Auffassung der *actio* als *mixta* kommt lediglich in den oben eingeklammerten Sätzen zum Ausdruck, die auch allein an die Embleme von D. 27, 3, 2, 2 erinnern[8]) und in der justinianischen Zutat zu Gai. III 209: in Inst. 4, 2 pr. sich fast wörtlich wiederholen. Der Rest, dessen Authentizität nur dadurch gewinnt, daß die Kompilatoren ihn sich erst zurecht machen mußten, entspricht durchaus der klassischen Anschauung, daß in dem Strafduplum (implicite und ununterscheidbar) auch die Sachverfolgung stecken könne; er stimmt mit dem echten Anfang von Paul. D. 11, 3, 14, 5 zusammen[9]) und zeigt irgendwelche Anstöße

1) C. 4, 62, 3 (Biondi a. a. O. 169 f.). 2) Lenel 375.
3) Ebenso im Ergebnis Mommsen, Strafr. 664 N. 1, vgl. Mitteis, RPR. I 407 N. 65 a. E.; s. auch Karlowa II 35 ff.
4) S. oben S. 432 f. 5) 45 f. 6) A. a. O. 170 f.
7) Bull. 26, 101. 8) Vgl. oben S. 144 N. 5. 9) S. unten § 82.

nicht.[1]) Selten lassen sich klassischer und byzantinischer Standpunkt so reinlich scheiden.

Mit der Erkenntnis des Ersatzmoments in der *poena* stände die kumulative Haftung mehrerer Publikanen nicht in Widerspruch. Wer für eine derartige Haftung *ex lege Aquilia* eintrat[2]), konnte sie unmöglich verneinen, wo ein *damnum iniuria datum* gemäß dem Spezialedikt D. eod. 1 pr. den Publikanen zur Last fiel. Wiederum durften sie nicht glimpflicher angefaßt werden, wenn sie auf Grund desselben Edikts kein *damnum*, sondern ein *vi adimere* zu verantworten hatten. Daß man bis tief in die spätklassische Zeit hinein in der Tat mit der Klagenhäufung Ernst machte, beweist mittelbar, aber nicht weniger sicher die an die Spitze gestellte Äußerung Modestins. Die Verneinung der Multiplikation führt er erst auf die Severe zurück[3]), und ihnen legt er auch ausdrücklich die Begründung in den Mund, die die Publikanen von kumulativ zu bestrafenden Mittätern (*criminis rei*) sondert[4]), indem sie sie als bloße Teilhaber an (dem Gewinn aus) dem verursachten Schaden (*fraudis*[5]) *participes*) charakterisiert. — Daß man an der Kumulation so lange festhielt, ist überaus kennzeichnend für die Strenge, mit der man aus dem ediktalen Singular: *Quod publican u s . . . . ademerit*[6]) die Folgen zog. Während die Tat der (ganzen oder teilweisen) *familia publicanorum* — entgegen der sonst überall durchgeführten Sonderhaftung jedes einzelnen Mitglieds der *familia*[7]) — gemäß dem Edikt nur eine einzige *res* bildete, die in ein einziges *iudicium* deduziert wurde[8])

1) Zu *quaerentibus nobis* s. denselben Gaius etwa in I 188, II 114, 234, IV 100. Wegen der Echtheit des Plurals s. etwa auch Beseler I 114.

2) Oben S. 484 ff.

3) Und zwar sehr wahrscheinlich auf das Reskript von 197, aus dem C. 2, 11, 2 ein Stück überliefert.

4) Vgl. Ferrini, Dir. pen. rom. 285 f.; über ihn aber auch nächste Note.

5) *Fraus* = Nachteil wiegt in der älteren Sprache vor (Mitteis, RPR. I 321), ist aber auch noch bei den Klassikern durchaus nicht selten (Pernice, Lab. II 1, 213 N. 3). Für unser Fragment ergibt sich diese Bedeutung aus dem m. E. sonst gar nicht verständlichen Gegensatz zu *crimen* (anders Pernice 213 N. 1, Ferrini a. a. O. 285 f.): die objektive *vis* (s. oben S. 490 N. 1) erzeugt hier eine objektive *fraus*. 6) Ed. Ulp. D. 39, 4, 1 pr.

7) . . . . *si omnes dedere aut pro singulis aestimationem litis offerre cogatur* (Ulp. D. 47, 6, 1 pr.); vgl. etwa noch oben S. 344, 346 N. 4.

8) Gleichviel ob Sklaven die Täter waren (D. 39, 4, 1, 5), gleichviel ob

und dementsprechend mit einer einmaligen Leistung des Doppelten (Einfachen) gesühnt war[1]), verblieb es bei dem Regelrecht der Kumulation, wofern die mehreren *publicani* selbst etwas *vi* adimiert hatten. Nur daraus, daß diese Regel kaum je praktisch geworden sein wird, weil die vornehmen Pachtherren die Gefälle niemals selbst eingetrieben[2]), äußerstenfalls aber die Strafe durch Restitution abgewandt[3]) haben werden, kann es sich erklären, daß man erst um die Wende des 2. Jahrhunderts zu der Beseitigung dieses widersinnigen Zustandes schritt.[4]) Der Weg, den man einschlug, war freilich nicht der einer prätorischen oder judizialen Konsumption. Das Gefühl für die Anforderungen des klassischen Prozesses war im Schwinden begriffen, zumal auf einem Gebiet, auf dem das Interesse des Fiskus kräftig mitzureden hatte. Man statuierte kurzerhand eine materiellrechtliche Ratenhaftung nebst Ganzhaftung in Höhe des Ausfalls. Ohne Vorbild war damals eine derartige Ordnung nicht mehr: bei der *actio subsidiaria* — also gleichfalls im Grenzbereich von privatem und öffentlichem Recht — wurde sie bereits von Celsus (D. 27, 8, 7) empfohlen[5]), und für deliktische Steuerforderungen des Fiskus selbst war sie vielleicht von je anerkannt (Herm. D. 49, 14, 46, 9).

§ 75. **10. Deliktsklagen detracta noxae deditione.**

Hätten wir über die Konkurrenz mehrerer *domini conscii* keine ausdrückliche Quellenäußerung, so würden wir auf Grund der bisherigen Ergebnisse sagen müssen: Die Aktionen aus einem *dominis scientibus* ausgeführten Sklavendelikte haben als *causa* stets die Tat des Sklaven[6]), mithin eine identische *causa.* Das Ziel einer jeden Klage geht dagegen darauf, den beklagten Herrn für sein in dem *scire* liegendes Vergehen zu strafen[7]): *ipse enim videtur dominus*

---

diesenfalls die *domini* (D. eod. 3, 1) *noxae* dedieren konnten oder nicht (D. eod. 1, 6; eod. 3 pr.).

1) Ulp. D. eod. 3, 3 (*absolutio fiat* [nach außergerichtlicher Leistung]); dazu oben S. 342 N. 5 a. E.

2) Hierzu Pernice, Lab. II 2, 55. 3) Darüber Levy, ZSSt. 36, 71 f.

4) Wie Biondi a. a. O. 170 hier mit der — auch an sich fragwürdigen (Mitteis, RPR. I 404 f.) — juristischen Persönlichkeit der *societas publicanorum* operieren kann, ist nicht zu verstehen; die Voraussetzung des fr. 6 ist doch gerade die Haftung der einzelnen *socii.* — Auch Biondis weitere Begründung ist abwegig. 5) S. oben S. 304 f., 308.

6) Oben S. 167 f., 339. 7) Oben S. 168, 311.

occidisse.[1]) Also hat er auch wie ein Mittäter unabhängig von dem anderen zu büßen: *sui enim facti nomine poenam meruit.*[2]) Das Ergebnis ist somit Kumulation; es versteht sich auch daraus, daß *domini conscii* kraft ihres überragenden Einflusses auf den ausführenden *servus* kaum anders denn als wirkliche Täter verantwortlich gemacht werden können[3]), also folgerecht bestraft werden, *quemadmodum si plures deliquissent.*

All das stimmt buchstäblich überein mit dem Mittelsatz des Ulp. D. 9, 4, 5 pr., der den vorliegenden Fall entscheidet. Das ganze Fragment lautet:

> *Si plurium servus deliquerit omnibus ignorantibus, noxale iudicium in quemvis dabitur: sed si omnibus scientibus, quivis eorum tenebitur detracta noxae deditione, quemadmodum si plures deliquissent, nec altero convento alter liberabitur: sed si alter scit, alter ignoravit, qui scit detracta noxae deditione convenitur, qui nescit, cum noxae deditione.*

Diese Tatsache, die durch die beabsichtigt allgemeine Fassung der Stelle[4]) eine besondere Bedeutung gewinnt, kann mit Fug als ein starker Beleg für die Richtigkeit der entwickelten Anschauungen betrachtet werden, der um so schwerer ins Gewicht fällt, als bisher keine der neueren Theorien mit Ulpians Worten sich in Einklang zu setzen vermocht hat. Die Lehre, die zwischen mehreren Delinquenten ein Konsumptionsverhältnis annimmt, wird in unserem Fragment derart bestimmt abgewiesen, daß sie unmittelbar vor der Alternative steht, sich selbst zu verleugnen oder die sie vernichtenden Worte dem Ulpian abzusprechen. Aber es erscheint äußerst gewagt, jenen Mittelsatz, der Silbe für Silbe klassisch anmutet, wie er ja auch die erste Streitbefestigung als entscheidend hinstellt, den anders denkenden und sprechenden Kompilatoren zuzuteilen und Ascoli[5]) oder Binder[6]) zu folgen, von denen der erstere das *nec altero convento* , . . . in ein *et a. c.* . . . . verwandelt und der letztere die ganze Konkurrenzentscheidung *nec — liberabitur* ersatzlos streicht.

1) Ulp. D. 9, 4, 2 pr. 2) Paul. D. eod. 9. 3) S. oben S. 171, 173.

4) Es ist von keinem einzelnen Delikt die Rede: vgl. oben S. 159 N. 2; Levy, Priv. 26. — Anders Pampaloni, St. Senesi 16, 36 f.

5) 35 ff., namentlich 39, Bull. 4, 311 f. Ähnlich Perozzi II 113 N. 1. Dagegen Pampaloni 37 N. 28.

6) 381 ff., namentlich 387 ff. Zustimmend H. Krüger, ZSSt. 22, 222.

Ascoli ist, soweit äußere Momente gegen seine Interpolationsbehauptung sprechen, schon von Eisele[1]) bekämpft worden, der die überlieferten Worte für intakt erklärt. Eisele selbst aber liest gemäß seiner Auffassung von dem deliktischen Schadensersatz und der Klassizität der sog. Solidarität aus dem *nec . . . liberabitur* nur die Verneinung der *eadem res* heraus, auf die sich Ulpian habe beschränken müssen, weil er zwei Fälle zusammenfasse, von denen der eine (Zusammenwirken der *domini conscii*) wegen *eadem causa* zu einer sog. Solidarität, der andere (kein Zusammenwirken) wegen Verschiedenheit beider Elemente der *eadem res* zu unbegrenzter Kumulation führe. Diese Erwägung scheitert nicht nur an der byzantinischen Grundlage der ersten Schlußfolgerung, sondern auch an der willkürlichen Bestimmung der *causa actionis*[2]): der Mittelsatz Ulpians enthält sichtlich nur einen einzigen Fall, der in seiner *causa* durchaus einheitlich liegt, weil kein in der Person der *domini* gelegenes Moment für die *eadem causa* von irgendwelchem Belang ist.[3]) Von der Gesamtwirkung der Zahlung aber, wie sie bei *eadem causa* angeblich eintreten soll, läßt Ulpian nicht ein Wort verlauten.

Bedeutungsvoller sind die beiden Argumente, die Binder aus der Struktur der ganzen Stelle entnimmt. Aber auch sie greifen in der von ihm gewünschten Richtung, daß Ulpian in fr. 5 pr. überhaupt nur von dem Ob der Konkurrenz gehandelt habe, nicht durch. Wenn er zunächst aus dem Beginn des § 1 eod. ableitet, daß, wie das *non solum* zeige, Ulpian zuvor nur die eine *differentia* der Noxalklage und der Sinenoxaklage erwähnt haben könne, die in dem Gegensatze „Noxalhaftung und Haftung *in solidum*“ liege, so geht das deshalb fehl, weil — selbst wenn man den von Binder beanstandeten Passus beiseite läßt — Ulpian im princ. gar nicht von jenem Gegensatz, sondern von dessen Gestaltung im Falle mehrerer *domini* geredet hat.[4]) Den Gegensatz selbst setzt er im princ.

---

1) 77, 469 ff.; vgl. auch Binder 386 N. 161.

2) Vgl. dazu oben S. 100. 3) Vgl. auch oben S. 310 f. und 310 N. 4.

4) Darüber aber war — und das spricht erneut gegen Binder — gar nichts Besonderes zu sagen; steht fest, daß ein *dominus ignorans* mit der *actio noxalis* haftet, welche Weisheit wäre es dann auseinanderzusetzen, daß auch von mehreren *domini* jeder der Noxalklage (und nicht etwa einer anderen Klage) ausgesetzt sei? — Ebenso überflüssig wie der erste wäre dann mindestens noch der zweite Satz.

deutlich als bekannt voraus[1]), und das ganz natürlich, da er ihn, wie fr. 3 eod. zeigt, bereits vorher entwickelt haben muß. Mit fr. 5 § 1 knüpft Ulpian daher überhaupt nicht an das princ. an, er nimmt vielmehr nach beendeter Einschaltung der Personenmehrheitsverhältnisse den Faden einer vergleichenden Betrachtung der beiden Aktionen wieder auf.

Der andere Einwand gegen den die Kumulation aussprechenden Satz gründet sich auf die zutreffende Beobachtung, daß von den drei im princ. gesetzten Fällen weder der erste noch der letzte eine Entscheidung der dort statuierten Konkurrenzen enthalte und deshalb die Entscheidung des Mittelfalles die Symmetrie des Aufbaues störe. Das führt allerdings mit Notwendigkeit auf einen Eingriff der Byzantiner. Ob aber gerade der Mittelfall von ihm betroffen worden ist oder nicht vielmehr die beiden Eckfälle, das muß ernstlich zur Diskussion gestellt werden. Gegen die Betätigung Tribonians im Mittelsatz spricht ein Doppeltes. Es ist wenig wahrscheinlich, daß die Kompilatoren nur dem einen und nicht den beiden anderen Fällen ihren Zusatz beigefügt hätten, insbesondere nicht dem letzten, an dem sie doch ihrer Gewohnheit entsprechend am liebsten hätten anknüpfen sollen. Es ist ganz unmöglich, daß sie die Entscheidung des Mittelfalles in die überlieferte Form gegossen hätten; selbst wenn man davon absieht, daß sie sogar die kumulative Haftung der Mittäter bisweilen antasten, indem sie sie auf das Quantum einschränken, das zur Schadloshaltung des Klägers erforderlich ist[2]), so zeigt doch jedenfalls die in D. 47, 4, 1, 19 festgestellte Verfälschung[3]), wie sie eine Kumulation verstanden wissen wollen. Deshalb hätten sie statt *convento* unbedingt *solvente* oder ähnlich sagen müssen: die ratio, die es plausibel macht, daß sie *convento* stehen ließen[4]), erklärt bei weitem nicht, daß sie es selbst erst geschrieben haben sollten. — Auf der anderen Seite liegen die Gründe, die den Kompilator, falls er sorgsam zu Werke ging, zur Tilgung oder Änderung der ersten und dritten Konkurrenzentscheidung mit

1) Sollte Binder anderer Ansicht sein, so hätte er darzulegen, warum Ulpian, statt zunächst von dem einzelnen *dominus* zu sprechen, offenbar gerade den Ton auf die *plures* legt.

2) Unten S. 498 ff. 3) S. oben S. 483.

4) Es ist dieselbe, der wir andere echte Stücke wie D. 44, 7, 32; eod. 60 verdanken: s. unten §§ 117 geg. E., 121 a. E.

Notwendigkeit veranlassen mußten, auf der Hand. Ihrer beider Inhalt kennen wir dank den uns zufällig erhaltenen klassischen Wendungen einerseits in D. 11, 1, 20 pr., andererseits in D. 9, 4, 9 mit voller Sicherheit: er ging auf Gesamtwirkung der *litis contestatio*.[1]) Ihrer Bejahung standen die Byzantiner, wie erwiesen sein dürfte, ungleich feindseliger gegenüber als ihrer Verneinung, und so ist es in ihrem Sinne durchaus nicht inkonsequent, daß sie allein die mittlere Entscheidung passieren ließen. Hat sich aber Ulpian in den beiden Eckfällen für ein Konsumptionsverhältnis ausgesprochen, so ist eine schöne Konzinnität des Fragmentes ersichtlich: jeder Satz konstatiert[2]) zunächst die Konkurrenz[3]) und entscheidet sie sodann. Auch versteht sich so das zweimalige gegensätzliche *sed* ohne weiteres vortrefflich[4]), wogegen es von Binders Standpunkt aus zumindest im Eingang des Schlußsatzes auffallen müßte: eine bloße Zusammenfassung, wie sie dieser Satz nach Binder bietet, leitet man prägnant nicht mit „aber" ein. Weniger Gewicht soll darauf gelegt werden, daß, falls es etwa am Ende des ganzen Prinzipiums *et altera actione altera tollitur* hieß, das *harum actionum* im Beginn des § 1 eine bessere Beziehung erhält und daß gerade die Betonung, beide Aktionen seien *de eadem re*, in erhöhtem Maße zur Hervorhebung ihrer *differentiae* anregen mußte.

Innerlich ist bereits jede der drei Entscheidungen selbständig geprüft und gerechtfertigt worden. Die Gegensätzlichkeit der beiden Eckfälle zu dem Mittelfalle kann deshalb nicht wundernehmen. Sie beruht — wie rückblickend bemerkt sei — ausschließlich[5]) auf folgendem: Im ersten Falle ist nur ein einziger Delinquent, der *servus*, vorhanden, also auch nur eine Strafe denkbar.[6]) Im letzten sind zwar zwei Delinquenten vorhanden, aber das eigenartige Ge-

1) Oben S. 309 ff., 345 f.

2) *Quivis* besagt nichts weiter: vgl. auch oben S. 481 N. 1.

3) Die ersten beiden Sätze eine einfache Personenkonkurrenz, der letzte eine doppelte Konkurrenz: wiederum ein Indiz für deren Wesensgleichheit.

4) Vgl. auch Eisele 77, 427. 471.

5) Keineswegs spielt das Moment der Personenmehrheit irgendeine Rolle, wie Eisele 77, 471 f. und Binder 384 vermeinen: vgl. oben S. 340; vielmehr ordnet sich die für die Personeneinheit in D. eod. 4, 3 gegebene Entscheidung (oben S. 158 ff.) in die Ergebnisse des Textes harmonisch ein.

6) S. oben S. 310 f.

waltverhältnis zwischen ihnen und der Umstand, daß nur einer die Tat ausgeführt hat, läßt das Delikt als ein einziges Produkt erscheinen, das gleichfalls nur einer Strafe fähig ist.[1]) Im Mittelfalle dagegen besteht die *scientia*, die wegen ihrer Bedeutung für die Ausführung an sich strafbar ist, bei jedem der *domini* selbständig, und es bleibt daher nur übrig, sie wie wirkliche Mittäter zur Sühne heranzuziehen.[2])

§ 76. II. Actio gegen diejenigen, per quos factum erit, quo minus quis vadimonium sistat.

Ulp. D. 2, 10, 1, 4:

Si plures dolo fecerint, omnes tenentur: sed si unus praestiterit poenam, ceteri liberantur, cum nihil intersit.

Sieht man von den besser erst später[3]) zu behandelnden D. 4, 2, 14, 15 und D. 4, 3, 17 pr. einstweilen ab, so gibt es kein Fragment, das der gemeinrechtlichen Doktrin von der „solidarischen" Haftung mehrerer Delinquenten eine derart starke Stütze bietet wie das eben wieder gegebene.[4]) Die Sprache scheint unauffällig, das Argument aus dem fehlenden Interesse so bestechend, daß man es sich bis in die neueste Zeit zur Erklärung der „Solidarität", ja bisweilen sogar zur Deutung der „Korrealität" zu eigen gemacht hat.[5]) Und so hat denn auch die Lehre, die das Konsumptionsverhältnis zwischen den Delinquenten verficht, an diesem Punkte Ergebnisse gezeitigt, deren Kümmerlichkeit ihren Verfechtern selbst schwerlich entgangen ist: Ascoli[6]) meint, das Fragment *non esclude che . . . . anche la semplice conventio dell'uno liberi l'altro*, und Binder nimmt dieses Argument auf; er begnügt sich mit der Verteidigung, daß das Fragment keinen Beweis gegen die Gesamtwirkung der *litis contestatio* liefere[7]), und wenn er auch zuletzt die Möglichkeit einer Interpolation andeutet[8]), so hält er doch das Ergebnis für „zweifelhaft"[9]) und „nicht sicher"[10]), ja, er zieht aus all dieser Abwehr so wenig die Kon-

---

1) S. oben S. 172 f., bes. 173 N. 1, 339 f.

2) S. oben S. 493 f.

3) S. unten §§ 167, 168.

4) Unter den Neueren vgl. Bekker, Aktionen I 177 N. 27, Wlassak, R.-E. 1 317 und vor allem Eisele 77, 467 f.

5) Binder 28 ff., 35, 369 f.; dazu oben S. 182 ff., namentlich 188.

6) 43; gegen ihn Eisele a. a. O. — Replik in Bull. 4, 310.

7) 369 f., 394. 8) 394 N. 1. 9) 379. 10) 393 a. E.

sequenz, daß er bei seiner allgemeinen Übersicht das Fragment unter die Fälle einreiht, „in welchen die Gesamtwirkung der Litiskontestation nicht eintrat“.[1]) Perozzi[2]) endlich ersetzt *praestiterit poenam* kurzerhand durch *conventus erit*, ohne des *cum*-Satzes auch nur zu gedenken.

Auch mit der kumulativen Haftung der Mittäter, die durch die vorangehenden Darlegungen hinreichend erwiesen sein dürfte, ist die Stelle in ihrem jetzigen Zustande nicht zu vereinigen. Der deshalb auftauchende Verdacht, daß der zweite Satz *sed — intersit* dem Ulpian fremd sei, wird durch mannigfache Momente gestützt.[3])

Unter den Fragmenten, die eine Befreiung von Mittätern nicht durch Litiskontestation, sondern durch Leistung eintreten lassen, werden fast alle (D. 11, 6, 3 pr.; D. 27, 3, 15; D. 27, 6, 7, 4[4]); D. 43, 24, 15, 2[5])) schon heute mit sehr gutem Grunde überwiegend als interpoliert erachtet. Wenn D. 2, 10, 1, 4 sich einen besseren Ruf bewahrt hat, so verdankt es das ganz gewiß den Worten *cum nihil intersit*. Aber sollten nicht gerade sie die Bedenken gegen die Echtheit verstärken? Dem Wesen der gegen den Beklagten gerichteten Strafe widerspricht es grundsätzlich, in ihrem Fortbestande dadurch beeinflußt zu werden, daß das Interesse des Klägers an seiner Schadloshaltung befriedigt ist.[6]) Die selteneren Fälle[7]), in denen gemäß restitutorischer Formelklausel die Kondemnation durch Restitution des Klägers in seine frühere Lage[8]) vereitelt wird[9]), beruhen auf positiver Ordnung[10]) und bestätigen deshalb die Regel, die ja mehrfach in den Quellen auch unmittelbar ausgesprochen ist.[11]) Insbesondere ist es für sie ohne Belang, woraus im einzelnen Falle die Kondemnationseinheit besteht. Auch das *quanti ea res erit* (*est, fuit*) tastet den Pönalcharakter der Litisästimation nicht an, sondern erhebt bloß rechnerisch das Interesse des Klägers zu ihrem Maß-

1) 393 anf. 2) II 112 N. 2.

3) Beseler III 6 f. streicht bloß den *cum*-Satz und vermutet *nec* statt *sed*; seine Gründe sind dürftig oder unzutreffend. Einiges dazu unten S. 501 N. 2, 4. 4) Zu diesen Stellen unten §§ 125, 126, 128.

5) Oben S. 296 ff., bes. 299 f. 6) Levy, Privatstrafe 2 f.

7) Beispiele bei Levy a. a. O. 73 f. 81, ZSSt. 36, 24 f. 44 f.

8) Nicht durch sonstige Leistung: s. auch unten §§ 167, 168.

9) Hierzu prinzipiell Levy, Privatstrafe 73 f.

10) Näheres Levy, ZSSt. 36, 22 N. 5.

11) Hierzu Levy, ZSSt. 36, 42 f.

stab.[1]) Nur nach zwei Richtungen wirkte diese Klausel eigenartig. In gewissen Judizien[2]) gelangte man zu einer Auslegung, die die mit solcher Klausel ausgestattete Klage zur Regreßklage degradierte, also eine Konkurrenz mit der entsprechenden Hauptklage von vornherein verhinderte.[3]) Überall sonst — wo es zu einer Konkurrenz kam — bestand zwischen deren Lösung und der Interesseklausel einzig der Zusammenhang, daß die Klausel eine condicio sine qua non für die Erkenntnis der Ersatzfunktion der *poena* bildete[4]): der Interessemaßstab war also nur einer der Faktoren, die zu jener Erkenntnis und damit zu ihrer Wirkung auf die Entscheidung der Konkurrenz erforderlich waren. So kann es nicht in Erstaunen setzen, daß sich, was insbesondere die passive Personenkonkurrenz anlangt, irgendwelche den Interesseklagen gemeinsame Züge nicht aufzeigen lassen. Bei nicht weniger als drei solchen Klagen finden wir — allein schon ein schweres Indiz für die Haltlosigkeit des *cum nihil intersit* — ungehemmt kumulative Haftung der Mittäter: bei der *actio legis Aquiliae* (D. 9, 2, 11, 2 mit der unserem Fragment strikt widersprechenden Begründung am Schluß)[5]), bei der Klage gegen den *testamento liber esse iussus* (D. 47, 4, 1, 19, wo die Kompilatoren selbst zusätzlich die *praestatio* für wirkungslos erklären)[6]) und bei dem *interdictum quod vi aut clam*[7]) — dies, obwohl bei allen drei Rechtsbehelfen (ganz wie bei unserer Klage) in anderen Beziehungen die Interesseklausel eine Weiterentwickelung teils inaugurierte[8]), teils zuließ[9]). Aber — und das ist ein zweites gewichtiges Argument — auch wo unter den Interesseklagen eine Einschränkung der kumulativen Haftung zu bemerken ist[10]), gibt es nicht eine einzige Stelle, an der diese Einschränkung auf den Wegfall des Gläubigerinteresses zurückgeführt würde. Auch spricht die echte Überlieferung hier allenthalben[11]) eine Sprache, die deutlich erkennen läßt, daß die Vermeidung der Kumulation sich gegen das Regelrecht und

1) Levy, Privatstr. 4 f. 2) S. oben S. 22 N. 5 a. E.
3) Vgl. oben S. 21 ff. 4) Levy, Privatstr. 149. 5) S. oben S. 484 ff.
6) S. oben S. 483. 7) S. oben S. 296 ff.
8) So in D. 2, 10, 3 pr. § 4 und in D. 47, 4, 1, 16 (oben S. 22 N. 5 a. E.).
9) Zur *actio leg. Aquil.* unten §§ 80 ff., zum *interd. qu. vi aut cl.* unten §§ 83, 92 und sonst. 10) Darüber unten im Abschnitt III.
11) Zu D. 11, 6, 3 pr.; 21, 2, 51, 4; 26, 7, 55, 1; 27, 3, 15; 27, 6, 7, 4; eod. 8 unten §§ 124 ff. — Über das unechte D. 27, 3, 2, 1 i. f. s. u. § 112.

nur allmählich entwickelt hat; mit ihrer apodiktischen Redeweise, die das Ergebnis als feststehende Norm vorträgt, steht unser Fragment wiederum ganz allein.

Zu diesen allgemeinen treten spezielle Erwägungen. Der beanstandete Passus ist mit sich selbst und mit dem ersten Satz des Fragmentes in Widerspruch: mit sich selbst, insofern die Begründung mit der Auffassung der Litisästimation als einer *poena* ganz besonders unverträglich ist[1]); mit dem ersten Satz, insofern dieser bereits die Konkurrenz ausreichend und unzweideutig im Sinne der Kumulation entscheidet.[2]) Der Ausweg, daß Ulpian hier zunächst die Zuständigkeit habe regeln wollen, ist unter keinen Umständen gangbar. Der Gedanke, daß, wenn *plures dolo fecerint*, nur der eine und nicht der andere hafte, ist zu absurd, um von einem Klassiker gedacht und widerlegt zu werden; daß jeder nur auf einen Teil hafte, ist ebenso ausgeschlossen und kann von Ulpian, der ja nicht einmal *in solidum* schreibt, gar nicht ins Auge gefaßt worden sein. Als denkbarer Sinn bleibt also ganz wie etwa in D. 2, 7, 5, 3[3]) nur der übrig, daß *omnes* kumulativ nebeneinander haften. Deshalb kann, wer den ersten Satz verfaßt hat, nicht auch Autor des zweiten sein. Welchen von beiden Sätzen aber man dem Ulpian zuteilen soll, steht nun wohl außer Zweifel. Und doch gibt es noch einen weiteren Grund. Der Prätor verheißt das *iudicium quanti actoris interfuerit vadimonium sisti*, wie D. eod. 3 pr., § 4 ohne Bedenken ergeben[4]): es kommt also auf das Interesse zur Zeit der Straftat, nicht zur Zeit des ersten oder zweiten Prozesses an; die Argumentation *cum nihil intersit* ist somit, schon an sich beurteilt, schief und unzureichend.

III. Aktive Personenkonkurrenz.

Nach den bisherigen Darlegungen[5]) kann das Gebiet, das hier Kumulationsfälle aufweist, nur klein sein. *Eadem res* ist grundsätz-

1) Vgl. auch Binder 394 N. 1, Girard 5. Aufl. 398 N. 3, Bertolini, Proc. civ. II 103 N. 5. — Eiseles (77, 465 N. 79) Erklärung von *poena* = Schadensersatz *ex delicto* ist in Levy, Privatstrafe 136 zurückgewiesen.

2) Das spricht gegen Beselers (vgl. oben S. 499 N. 3) Restitution; hätte Ulpian noch etwas hinzugefügt, so würde er auch eher von der Wirkungslosigkeit der *litis contestatio* gesprochen haben. 3) S. oben S. 489.

4) So mit Recht Lenel, Ed. 2. Aufl. 83 entgegen den früheren Auflagen; unrichtig de Francisci, Az. pen. 73, Beseler III 6 f. (*quanti ea res est*).

5) Oben S. 375 ff.

lich nur dann zu verneinen, wenn die *causae* verschiedene sind oder wenn die eine Erfüllung enthaltenden *praestationes* voneinander abweichen. Probleme gab es hier, wie ganz plausibel ist, verhältnismäßig wenige.

§ 77. I. Stipulation.

Die Anteilsberechtigung bleibt natürlich außer Betracht.[1]) Im übrigen ist das Feld der Kumulation dahin zu begrenzen, daß es sich überall dahin erstreckt, wo nicht Konsumption oder Novation Platz greift. Das ist schon oben[2]) angedeutet und braucht aus den dort behandelten Fragmenten nicht erst umständlich durch argumentum e contrario hergeleitet zu werden. Welcher Art die Fragen waren, die hier auftauchen konnten, soll für Klaggrund und für Klagziel an je einem Beispiel vergegenwärtigt werden.

Den Klaggrund betrifft das bereits[3]) wiedergegebene Inst. 3, 16 pr. Ist mangels *unitas actus* in dem daselbst gedeuteten Sinne *eadem res* nicht erreicht, so *alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse.* Diese Entscheidung ist freilich nur negativ, und mit Recht; denn positiv ist zwischen Novation und Kumulation zu scheiden. Ob sich hierüber der Text der Vorlage verhalten hat, ist nicht mehr auszumachen; was sich vermuten läßt, ist oben[4]) ausgesprochen worden.

Komplikationen hinsichtlich des Klagziels betrifft Gai. D. 45, 2, 15:

> *Si id, quod ego et Titius stipulamur, in singulis personis proprium intellegatur, non poterimus duo rei stipulandi constitui, veluti cum usum fructum aut dotis nomine dari stipulemur: idque et Iulianus scribit. idem ait, et s Titius et Seius decem aut Stichum, qui Titii sit, stipulati fuerint, non videri eos duos reos stipulandi, cum Titio decem tantum, Seio Stichus aut decem debeantur: quae sententia eo pertinet, ut, quamvis vel huic vel illi decem solverit vel Seio Stichum, nihilo minus alteri obligatus manet. sed dicendum est, ut, si decem alteri solverit, ab altero liberetur.*

Das Fragment zerfällt in zwei Teile, die durch das abschließende *Iulianus scribit* und das neu anhebende *idem ait* deutlich abgegrenzt

1) Vgl. oben S. 378. 2) S. 176 und dort N. 6.
3) Oben S. 177; vgl. auch oben S. 377 f. 4) S. 176 N. 4—6.

werden. Gemeinsam haben sie, daß der äußere Anschein der, wie vorauszusetzen, *uno actu* vorgenommenen Stipulationen das Ziel als identisch, z. B. als ausdrücklich auf *idem* gerichtet erscheinen läßt und daß trotzdem die Existenz von *rei stipulandi* verneint wird.

Der erste Teil beschränkt sich auf diese negative Entscheidung. Wer bedenkt, wie mannigfach die positiven Möglichkeiten sind (Ungültigkeit beider Stipulationen, einer Stipulation, abgemilderte Kumulation, ungehemmte Kumulation, Anteilsberechtigung)[1]), und wer weiter sieht, daß es hier an einer Interpretation des Gaius, wie sie im zweiten Teile an den gleichen negativen Satz Julians anknüpft, fehlt, der wird es als unmethodisch erachten müssen, daß man über das *non poterimus duo rei stipulandi constitui* anders als im Wege bloßer Hypothese hinauszukommen sucht. Gerade die eingehenden Bemühungen, die zuletzt Demangeat[2]) und Binder[3]) auf den Fall verwandt haben[4]), dürften die Aussichtslosigkeit erneut dargetan haben. Denn wenn sie zu dem Ergebnis gelangen, daß der Promittent zwei Ususfrukte oder zwei Mitgiften zu leisten habe[5]), so widerspricht das ebensosehr dem Sinn des Geschäftes wie des Gaius eigener Ansicht (D. 45, 3, 8).[6]) Hätte dieser wirklich kumulative Berechtigung angenommen, so hätte man zumindest erwarten müssen, daß eine solche praktisch gewiß sonderbare Entscheidung nicht als selbstverständlich vorausgesetzt würde und ohne Begründung bliebe, zumal ja eine doppelte Leistung des ganzen Nießbrauchs in natura unmöglich ist. Bescheidet man sich aber bei dem Resultat, das Gaius gibt, so findet auch die an sich so auffallende Dürftigkeit des Tatbestandes ihre Erklärung: für die Negative reichen seine

1) Das Problem geht dahin, auf welchem Wege das *idem* der Formel und das Widerstreben des materiellen Geschäfts gegen diese Identität am ehesten in Einklang zu setzen sind. 2) Des obligations solidaires 360 ff.

3) 63 ff. 4) Vgl. auch Czyhlarz, GrünhutsZ. 3, 73 ff.

5) Besonders Demangeat 367, Binder 65 f., der hier ohne Unterlage in fr. 15 annimmt, daß „beiden Ehegatten eine *dos* promittiert ist". Wie verhält sich dazu S. 465, 469, wo er (mit Recht: s. unten S. 504 N. 1) zweimal unter Berufung auf dasselbe Fragment „das Versprechen einer *dos* an die Frau als nichtig" bezeichnet?

6) Der Tatbestand dieser Stelle fällt unter den unseres Fragmentes um so eher, als der Wortlaut der Stipulation auf *servo dos promittatur* beschränkt erscheint. Über die Beziehung beider Fragmente zueinander des näheren s. folg. Note.

Elemente vollauf hin. Für die Positive sind weitere Merkmale vonnöten, die Gaius vielleicht in Form einer *divisio* hinter *stipulemur* oder *scribit* eingefügt hat; sie würde, wie sehr wohl vermutet werden darf, in Entscheidungen ausgelaufen sein, die für eine Konkurrenz gar keinen Raum gelassen hätten.[1]) Sollte aber eine der Lösungen wirklich eine Konkurrenz enthalten haben, so wäre das jedenfalls eine prinzipielle Kumulation[2]) gewesen, die kaum anders behandelt worden wäre als die, zu der wir nun überzugehen haben.

Der zweite Teil des Gaiusfragmentes bereitet zunächst keine Schwierigkeit: sowohl Titius wie Seius erwerben durch die Stipulation eine Forderung, aber freilich, *quippe quod alicuius est, id ei dari non potest*[3]), eine in ihrem Gegenstand nicht identische; das ist der ausgesprochene Grund, aus dem sie nicht *rei stipulandi* werden. Was werden sie nun? Das hat Gaius in Form einer Auslegung der Entscheidung Julians hinzugefügt; aber was er geschrieben hat, liegt

1) Ein möglicher Gedankengang wäre der folgende: Ergibt die Erforschung des Innenverhältnisses oder sonstiger Umstände nichts, was den einen Stipulanten als den materiell allein Berechtigten ausweist, so fehlt es angesichts des verschiedenen Inhalts, den die Obligation *in singulis personis* hätte, an der erforderlichen Bestimmtheit: die *stipulatio* wäre also aus diesem Grunde *inutilis*. (Daß hier zugunsten einer Kumulation „*in favorem dotis* interpretiert" worden wäre [so Binder 65], ist unwahrscheinlich und unbezeugt; soll das gleiche auch *in favorem usus fructus* gelten?) — Soll dagegen (und dieser Fall ist der häufigere und vielleicht durch das *ego* gegenüber dem gleichsam einen Dritten bezeichnenden Titius angedeutet) der Nießbrauch mit dem Tode des *ego* enden oder ist nur der *ego* „*uxorem ducturus*" (Gai. D. 45, 3, 8), so gilt der Satz (Ulp. D. eod. 9 pr.): *quod* (*servus*) *alteri* (*ex dominis*) *adquirere non potest, id ad eum, qui ad obligationem admittitur, pertinet*; insbesondere in dem Dosfall bekanntlich *dici solet alii quam marito dotis nomine mulierem non posse obligari* (D. 23, 3, 59 pr.). Hier ist also nur der *ego* berechtigt; der Titius konkurriert nicht und ist höchstens *solutionis causa adiectus*; vgl. Bechmann, Dotalrecht II 41, 43. Daß namentlich die letztere Alternative wirklich erwähnt war, darauf deuten einige Tatsachen leise: a) Fast alles, was aus des Gaius 2. Buch *de verborum obligationibus* erhalten ist (Lenel Nr. 513—515), handelt von dem *solutionis causa adiectus*: D. 45, 1, 141, 3—9; 46, 3, 106. b) Der Parallelismus mit den Ausführungen in D. 45, 3, 7, 1 i. f. bis D. eod. 9 pr. legt eine schulmäßige Heranziehung der gleichen Beispielsfälle nahe. c) Der Zusammenhang der beiden Teile unseres Fragments wäre besonders sinnfällig: im ersten Teil würde Titius überhaupt nicht Gläubiger, im zweiten würde er es in beschränktem Maße.

2) Vgl. oben S. 121. 3) Gai. III 99.

einigermaßen im Dunkel.[1]) Die beiden vorhandenen Sätze, von denen der eine die befreiende Wirkung der Zahlung von *decem* behauptet, der andere sie ebenso apodiktisch verwirft, widersprechen sich geradezu. Daß, wie Czyhlarz[2]), Pescatore[3]) und Binder[4]) meinen, zuerst Julian und dann der dessen Ansicht ablehnende Gaius spreche, scheitert an der beispiellosen Unwahrscheinlichkeit, daß ein so wenig origineller Geist wie Gaius die erste Autorität seiner Zeit mit einem einfachen *sed dicendum est* abgetan hätte. Auch beweist der Beginn der direkten Rede, daß Gaius schon bei *quae sententia* einsetzt. Die Erklärung Fabers[5]), zu der sich Demangeat[6]), Eisele[7]), P. Krüger[8]) und, wenngleich zweifelnd, Girard[9]) und Grupe[10]) bekennen, hat ungleich mehr für sich: daß der *sed*-Satz interpoliert ist, wird durch die höchst seltene und stets verdächtige Verbindung von *dicere* mit *ut*[11]) und weiter dadurch, daß mangels *eadem res* die Gesamtwirkung der *solutio* prozessual nur im Wege einer *exceptio doli* herbeizuführen wäre[12]), außerordentlich nahegelegt.[13]) Ob aber

1) Ganz ausgeschlossen ist nur das eine, daß Gaius „Korrealität" angenommen habe, und doch behauptet das Binder 67, 112 ff., 116 f., 117 N. 113. Daß „im Falle der l. 15 der Jurist es mit der Identität des Leistungsgegenstandes nicht sehr genau" nahm (S. 114), wird man zumal angesichts des *cum — debeantur* entschieden zu bestreiten haben. Wenn Binder 116 sich für den (unzutreffenden: vgl. Binder selbst 150 Note a. E.) Satz, daß „die Alternativität ihrem Wesen nach nichts anderes ist als Identität der Leistungen trotz Verschiedenheit der Objekte" auf die Passivkonkurrenz bei der *actio aquae pluv. arc.* und auf die Konkurrenz von Noxalklage und Sinenoxaklage beruft, so geht das fehl, weil im ersteren Falle überhaupt keine alternative *intentio* vorliegt (s. oben S. 276 f.) und im letzteren Falle die zivile Konsumption sich aus dem eigenartigen Verhältnis zwischen *dominus sciens* und *servus* erklärt (s. oben S. 165 ff., 339 ff.). Insbesondere ist das von Binder selbst als interpoliert erachtete D. 9, 4, 17 pr. (vgl. dazu oben S. 351 ff.) ganz unverwendbar. 2) GrünhutsZ. 3, 76 N. 50. 3) Alternative Obligation 13 N. 8.

4) 66 f. 5) Conj. XI 19 (Lugdun. 1605, III 73 f.). 6) A. a. O. 366.

7) ZSSt. 13, 130 f. 8) Festgabe für Bekker 13 N. 2; Dig. zdSt.

9) 5. Aufl. 741 N. 1 i. f. 10) In VIR. II 220, 22.

11) So namentlich Faber und Demangeat; vgl. ferner die vereinzelten Stellen in VIR. II 220.

12) Vgl. schon gl. *manet* zdSt. — Faber verweist dazu auf Jul. D. 46, 1, 15, 1; noch näher liegt vielleicht aus des Gaius gleichem Buche D. 45, 1, 141, 5 i. f.

13) Demangeats weiteres Argument, daß man im Schlußsatz die Übereignung des Stichus vermisse, ist aus sachlichen Erwägungen (*Stichus Titii est!*) zu entkräften.

mit der Streichung des Schlußsatzes durchgreifend geholfen ist, bleibt die Frage. Die durch den vorangehenden Satz ausgesprochene kumulative Berechtigung kann, so bedenklich sie ist, gegen diesen Satz allein nicht verwertet werden, da man in ihr nur das *iure civili* zu gewinnende Ergebnis zu erblicken brauchte, dessen Abschwächung im Folgenden wie so oft durch ein tribonianisches Emblem überdeckt wäre. Schwerer fällt es aber daran zu glauben, daß Gaius das Subjekt zu *solverit* und *obligatus manet* vergessen und *ut* mit dem Indikativ konstruiert[1]) haben sollte. Das Zusammentreffen beider Umstände macht es fast unmöglich, an ein Abschreiberversehen für *maneat* zu glauben[2]); es drängt umgekehrt dazu, hinter der merkwürdigen Hervorhebung nur der Zahlung und nicht auch der Streitbefestigung gleichfalls den Geist Tribonians zu wittern. Hätte etwa erst der Byzantiner das Moment der Zahlung eingefügt, so wäre es erklärt, daß die Darstellung des Gaius eine so weitgreifende Umgestaltung erfahren hätte. Jedenfalls wird man mehr als *quae sententia eo pertinet, ut*[3]), *quamvis* kaum mit Sicherheit dem Gaius zuweisen dürfen; was dahinter gestanden hat, dafür bietet sich eine Fülle von Vermutungen: eine judiziale Konsumption mittels *exceptio doli*[4]) empfahl sich wohl am ehesten.

§ 78. 2. Actio iniuriarum.

Die Betrachtung der passiven Konkurrenz hat gelehrt[5]), daß das Injurienrecht sich jeder Zusammenfassung mehrerer gemeinsamer Delinquenten gegenüber ablehnend verhielt und deshalb zu dem eigenartigen Satze *tot iniuriae quot personae* gelangte. Dieser Satz gilt nicht nur, wenn die *personae iniuriam fecerunt*[6]); auch wenn sie *iniuriam acceperunt*, könnte man ihn in etwas verändertem Sinne

1) Hierzu Pernice, Lab. III 189 N. 2 a. E., Seckel s. v. *ut*.

2) Trotzdem geben Czyhlarz a. a. O. 74 und Binder 63, 67 den gesicherten Text ohne weiteres mit *maneat* wieder.

3) Diese Wendung ist sicher klassisch: vgl. z. B. Ulp. D. 43, 17, 1, 4; ähnliche Stellen in VIR. I 148, 18—22.

4) Sei es auf dem in Gai. D. 45, 1, 141, 5 (unmittelbare Konsumption), sei es auf dem in Ulp. D. 32, 11, 21 (mittelbare Konsumption: dazu unten § 151) angedeuteten Wege.

5) S. oben S. 478 f.

6) So Gai. D. 47, 10, 34.

gebrauchen.[1]) Denn wie dort das Prinzip des *idem factum* der Mittäter, so erleidet hier das Postulat der einmaligen Strafe für einmalige Tat[2]) eine sehr bezeichnende Ausnahme.[3]) Wenn dieses Postulat im römischen Privatrecht im allgemeinen durchgeführt werden konnte, so beruht das darauf, daß die Rechte am Vermögen und also auch die gegen deren Verletzung reagierenden Strafklagen — d. h. das Gros der Strafklagen überhaupt — grundsätzlich der Teilung oder der Vergemeinschaftung zugänglich sind. Beiden Operationen verschließt sich die persönliche Ehre und ihre Verletzung. Niemand kann teilweise beleidigt werden, und man empfindet den Schimpf nicht deshalb geringer, weil ihn andere gleichfalls erlitten haben: daß *in singulis personis proprium intellegatur*[4]), gilt hier κατ' ἐξοχήν. Irgendein Mittel, die Mehrheit der Verletzten mit der Einheit der deliktischen Handlung in Einklang zu setzen, bietet sich nicht, und so blieb nur die Möglichkeit, eine von beiden Tatsachen unbeachtet zu lassen. Daß das die Mehrheit der Beleidigten nicht sein konnte, versteht sich leicht. Ohne weiteres wird man die trotz *eadem causa* eintretende Kumulation hinnehmen, wo der mehrfache Erfolg beabsichtigt war, z. B. ein Wort mehrere ausdrücklich beleidigt hatte. Aber man zog die Konsequenz unerbittlich selbst da, wo der Täter unmittelbar bloß eine Person verletzt hatte und nur das positive Recht gewisse Dritte[5]), deren Beziehungen zu dem Verletzten ihm gar nicht bekannt zu sein brauchten[6]), gleichfalls als von der *iniuria* betroffen erscheinen ließ.

1) Nur bei Personeneinheit bietet die *iniuria* Besonderheiten nicht; vgl. wegen der Erstreckung der *exc. furti una facti* (D. 47. 10. 7. 5) oben S. 169 N. 3 a. E. 2) Oben S. 376, 399 ff.

3) Anders Ferrini, Dir. pen. rom. 230, Espos. 137, der einen Fall von Normenkonkurrenz gegeben glaubt. Aber gerade hier erscheint seine unten § 123 zurückzuweisende Unterscheidung von Norm und positiver Bestimmung noch weniger plausibel als sonst. 4) Gai. D. 45, 2, 15.

5) Gai. III 221, Ulp. D. 47, 10, 1, 3 ff.; eod. 15. 24.

6) Das widerspricht der herrschenden Meinung (vgl. Landsberg, Injuria 49 f., Mommsen, Strafr. 798 f.), ist aber in Ansehung der freien Injurienmittler gleichwohl richtig: Ulp. D. 47, 10, 1, 8 und namentlich Gai. III 221 gegenüber III 222; ferner Paul. D. 47, 10, 18, 5 und die unten berührten Ulp. D. 47. 10, 1, 9; Ulp. D. eod. 30, 1; Nerat. D. eod. 41; s. auch Pernice, Lab. II 1, 41 f. Nur die *iniuria servi* mußte *aperte in contumeliam domini* geschehen sein; auf sie allein beziehen sich Fragmente wie D. eod. 15, 35. 45. 48 (vgl. auch Lenel, Ed. 387 a. E.), aber auch Paul. D. eod. 26, wo *vel filium*

In seinem Ediktskommentar berichtet Ulp. D. 47, 10, 1, 9:

Idem ait Neratius ex una iniuria interdum tribus oriri iniuriarum actionem neque ullius actionem per alium consumi. ut puta uxori meae filiae familias iniuria facta est: et mihi et patri eius et ipsi iniuriarum actio incipiet competere.

Die klassische Sprache, die die *actio* aus der *una iniuria* d. h. aus einer und derselben beleidigenden Handlung als *eadem causa* [1]) herauswachsen läßt [2]); die auch bei Personenkonkurrenz die *actio* als Objekt der Konsumption bezeichnet [3]) und *consumi* im Sinne prozessualer Konsumption, aber ohne Beschränkung auf *ipso-iure*-Wirkung gebraucht [4]), ist uns schon mehrfach besonders aufgefallen. Auch der Sinn ist klar: Neratius verneint aus dem Grunde mangelnder Zieleinheit die Konsumption, und Ulpian schließt sich dem aufs engste an (*incipiet competere* = *oritur*), indem er ein Beispiel (wahrscheinlich den Schulfall) anfügt. Daß der *filia familias* die Klage zusteht, besagt natürlich noch nicht, daß sie sie außerhalb der Schranken des in D. 47, 10, 17, 10 überlieferten Ediktes selbst erheben dürfte. [5]) In dieser Richtung gilt vielmehr, was wir aus des Neratius eigenem Munde zugleich als Bestätigung des Ulpianfragmentes in D. eod. 41 hören:

Pater, cuius filio facta est iniuria, non est impediendus, quo minus duobus iudiciis et suam iniuriam persequatur et filii.

Es entspricht nur klassischem Grundsatz, daß die *patris* und die *filii nomine* zuständigen Aktionen *duobus iudiciis* durchgeführt werden. [6])

Wäre angesichts des Ulpianfragmentes noch allenfalls die schwache

offensichtlich Emblem ist. In gleicher Tendenz interpoliert ist von *quia* ab Paul. D. 47, 10, 18, 4, wo im Vorangehenden (Pomponius? -) Paulus eine (bei Beachtung der Beweislastverteilung) verständliche Einschränkung des Prinzips vorzutragen scheint; interpoliert ferner von *si modo* ab der Schluß von Paul. sent. 5, 4, 3 (zu *si modo* vgl. etwa D. 3, 5, 7 pr.; D. 47, 2, 46, 4). Nähere Ausführung vorbehalten.

1) Die *eadem causa* steht fest (vgl. oben S. 107); ebenso z. B. Savigny, System II 122, V 233 f., Ferrini, Dir. pen. rom. 230, Espos. 137, Perozzi II 269 N. 4. Man denke auch an Ulpians oben S. 106 N. 7 gekennzeichneten Sprachgebrauch. In C. 9, 35, 2 (a. 230) ist *duplici ex causa* nicht technisch.

2) Oben S. 84 N. 11. 3) Oben S. 14. 4) Oben S. 65 f.

5) Hierzu Koschaker, Translatio iudicii 227 ff.

6) Über die Doppelbedeutung von *iniuria* in diesem Fragment s. oben S. 106 N. 9.

Möglichkeit vorhanden, die Worte des Neratius als rein negativ aufzufassen, so schwindet sie vollends, wenn wir den von Paul. D. eod. 18, 2 billigend wiedergegebenen Pomponius lesen:

Si nupta filia familiae iniuriam acceperit et vir et pater iniuriarum agant, Pomponius recte putat tanti patri condemnandum esse reum, quanti condemnetur, si ea vidua esset, viro tanti, quanti condemnaretur, si ea in nullius potestate esset, quod sua cuiusque iniuria propriam aestimationem haberet. et ideo si nupta in nullius potestate sit, non ideo minus eam iniuriarum agere posse, quod et vir suo nomine agat.

Pomponius setzt die mehrfache Kondemnation als selbstverständlich voraus[1]) und bestimmt ihren Inhalt mit unübertrefflicher Deutlichkeit dahin, daß jede der beiden Litisästimationen ganz ohne Rücksicht auf die zugunsten des anderen Berechtigten vorzunehmende Schätzung stattzufinden habe[2]): zugunsten des Vaters, als ob die Tochter noch nicht oder nicht mehr verheiratet sei[3]), zugunsten des Mannes, wie wenn sie gewaltfrei wäre. Diese Unabhängigkeit der einzelnen Aktionen im Schätzungsverfahren bildet den äußersten Differenzpunkt der *actio iniuriarum* gegenüber den Vermögensdeliktsklagen.[4])

Wer Neigung hätte, die Sonderstellung der Beleidigungsklage auf das eigenartige Beispiel zurückzuführen, das sich durch eine merkwürdige Erstreckung der *iniuria*-Wirkung auf dritte Personen auszeichne und obendrein einen für eine Anteilsberechtigung denkbaren Modus nicht aufzeige, der würde durch die Behandlung, die der einem *servus communis* zugefügten *iniuria* zuteil wird, schnell eines Besseren belehrt werden. Selbst in diesem für die aktive Personenkonkurrenz allgemein typischen Falle ist die kumulative Vollberechtigung der Miteigentümer das Prinzip gewesen, das erst ver-

1) Daß er im Falle der *nupta filia familiae* nur eine zweifache, keine dreifache Verurteilung zulasse, wird man nicht folgern dürfen; nicht nur Gai. III 221 und Ulp. D. eod. 1, 5; eod. 30, 1 sind darüber einer Meinung, sondern der den Pomponius referierende Paulus desgleichen: D. eod. 31.

2) Auf demselben Standpunkt: Ulp. D. eod. 30, 1; Paul. D. eod. 31.

3) Das faßt *vidua* zusammen: vgl. Lotmar, Mél. Girard II 121 N. 1, Seckel, *vidua*.

4) Vgl. etwa die genau gegenteiligen Erwägungen in Sabin-Ulp. D. 47, 2, 46, 1 und Javol. D. eod. 75 (dazu oben S. 402 ff.); s. auch Ulp. D. 39, 2, 40, 2.

hältnismäßig spät und auf besondere Art Abwandelungen erfuhr. Näheres später.[1])

Ein kurzer Blick auf die *actio sepulchri violati* mag die Erörterung beschließen. Soweit die Klage *popularis* ist, hat sie uns bereits beschäftigt.[2]) Soweit aber *plures* vorhanden sind, *ad quos ius sepulchri pertineat*, gilt das dort maßgebende Okkupationsprinzip[3]) nicht, wie Labeo unter dem Beifall Ulpians in D. 47, 12, 3, 9 entscheidet. Vielmehr *omnibus dandam dicit recte, quia in id quod uniuscuiusque interest agitur.* Das kann nach dem Zusammenhang nur wirkliche kumulative Berechtigung jedes einzelnen Interessenten bedeuten und bekräftigt damit mittelbar die bei der allgemeinen Injurienklage erzielte Feststellung. Nennt doch Ulpian im vorangehenden Paragraphen (8) unter den für die Schätzung maßgebenden Faktoren an erster Stelle die *iniuria quae facta est.*[4]) Und wenn auch daneben noch andere, teilweise vermögensrechtliche Gesichtspunkte zu würdigen sind, so wird dadurch die Selbständigkeit jeder einzelnen *litis aestimatio* nicht in Frage gestellt. Über Schwierigkeiten half die wie bei der Injurienklage *in bonum et aequum* konzipierte Formel[5]) hinweg.

§ 79.

IV. Doppelte Konkurrenz.

Dieser Fall überschreitet das Konkurrenzgebiet.[6]) Es mangelt deshalb, wie ich glaube, auch ganz an speziellen Belegen. Einiges hierher Gehörige wurde bereits vermerkt.[7])

---

1) Unten § 144. — Vgl. einstweilen Ulp. D. 47, 10, 15, 49; Paul. D. eod. 16; Inst. 4, 4, 4.

2) S. oben S. 398 f.

3) S. oben S. 377.

4) Vgl. auch Jul. D. 47, 12, 6 i. f., Pap. eod. 10 i. f.

5) Lenel, Ed. 223.

6) Vgl. oben S. 24.

7) S. 24 f., 467 N. 3. — Auch in einem Fragment wie Ulp. D. 11, 6, 5, 1 ist das Problem kein konkurrenzrechtliches: vgl. oben S. 22 N. 5 a. E.

Schlagwortregister.

actio im justinianischen Recht 162f., 334f., 342[4], 439f., 459[4].
- im klassischen Recht 26ff., 52, 63[5], 68[5], 69ff., 82f., 110.
- und Anspruch 6[5], 86ff., 148, 150, 163, 335.
- und *exceptio* 28.
- und *obligatio* 6[2], 9[10], 15[10], 27f., 51f., 56f., 63ff., 70, 85f., 96, 107[1], 109f., 113, 120.
—, Ellipse von 89[1], 420[2].
- *actionem tollit* (*consumit*) 388.
- *de tigno iuncto* 420ff.
- *iudicati de peculio* 443ff.
- *mixta* 144[5], 335, 434ff., 491.
- *utilis* des Zessionars 224.
actionem inchoare 481[2].
- *movere* 459[2].
agere 58f., 82, 164, 246ff., 370.
— und *solvere* 333ff., 354, 487.
Aktionenkonkurrenz, Begriff 9f., 13, 17, 38ff.
—, gleichartige 28, 174.
Aktionenzuständigkeit und Aktionenkonkurrenz 17ff., 48, 178f., 378.
Alternativpartikel 47f., 179[1].
alterum tantum 435[2].
alteruter 414[6].
amplius est in actione 354.
Anspruch, dinglicher 51[2], 127.
—, persönlicher 81, 81[6], 86ff., 110, 116[2], 117ff.
Anspruchskonkurrenz 27, 86ff., 117f.
Anstiftung 288ff., 297, 345[8], 467.
Beihilfe 170ff.
beneficium cedendarum actionum 224[10], 237f.
Bereicherungshaftung 437[4], 440ff.
bis de eadem re ne sit actio 9, 49ff., 125, 189.
causa dinglicher Klagen 97f.
- persönlicher Klagen 80ff., 98ff.
commodum actionis, contractus 458f.
— *sentire* 459[3].
compellere 438.
concurrere 38ff.
concursus 38ff.
condemnatio als Kriterium des Klagziels 82f., 118f., 142, 151, 241ff., 268.
condictio furtiva, Beliebtheit bei den Byzantinern 343[5 a. E.], 414[2].
-, Geschichte 279ff.
- *de peculio* 441f., 453.
- *noxalis* 438ff.
conreus 10[5].
consequi condictionis nomine 342[4].
- *ex actione* 25[6], 64[1], 87[4].
consumere 63ff.
convenire 246ff., 298[3], 336, 339, 483.
conventio 298[3].
cum (praep.) 435[10].
custodia und Sklave 409f.
damnum decidere 408[2].
delictum 106, 284.
Deliktsklagen grundsätzlich pönal 476f.
denegare actionem 52ff., 57[3].
detracta noxae deditione agere 27[3].
dicere, ut 505.
Doppelformeln 27, 75f., 112, 146f.
Doppelte Konkurrenz 12ff., 331.
Doppelüberlieferung 126[1], 422[7].
duplex 140.

eadem causa 6f., 79, 80ff., 98ff., 174, 283, 377, 478.
— *intentio* 6[2], 142, 146, 152, 239, 332.
— *obligatio* 17[2], 184.
— *quaestio* 106[1], 125[5].
— *res* 6[1, 2], 9, 76ff., 120f., 175ff., 189, 331, 375ff., 412, 457.
eandem pecuniam in plures causas solvi posse 371ff.
E i n e Strafe für e i n e Tat 141, 153[4], 376, 394, 396, 399ff., 507.
electio 41ff.
eligere 41ff., 47, 48, 179[1].
evanescit actio 388.
exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae 50[3], 56[6], 57[2], 61ff., 74, 125, 368f.
— —, sog. positive Funktion 124f.
exigere 159[5], 203[5].
familia, Straftaten der 341ff., 477ff., 492f.
Formelkonkurrenz 27, 75f., 313, 320.
forte 106[3], 159[5], 349[5], 466[3].
fuga servorum 409f.
furtum als Dauerdelikt 464[9], 472f.
— *familiae* 341ff., 477f.
Generelle und spezielle Aktionen 91ff.
Gesamtwirkung des Verschuldens 210[5].
— des Verzugs 210[5 e. f.]
Geschäftsführungsklagen 86ff.
hic unbetont 466[4].
idem unbetont 375[3], 442[4], 466[5].
Identisches Klagziel 115ff., 119ff., 174, 376f.
impune 446[6].
in integrum restitutio 90, 154, 225ff., 244, 244[3], 254f., 256, 258, 260ff., 316.
intentio als Sitz der Konsumption 55[2], 117f., 141f., 151, 166.
Interesseklausel und Strafklage 499ff.
iubere im Deliktsrecht 171ff., 287ff., 297.
iudicium imperio continens 73[4].
Klagenhäufung 199 Note.
Klagenteilung 117f., 184, 198f. Note, 201, 262ff., 334, 400ff., 459.
Konkurrenz, beschränkte 88[3], 127, 148, 150.
—, gleichartige 28, 174.
—, wechselseitige 123[3].
— der materiellen Rechtslagen 32ff.
— und Wahlrecht 28ff., 41ff.
Konkurrenzformen, ihre Wesensgleichheit 9ff., 120.
Konsumption, beschränkte 104, 148, 150.
—, judiziale 38[2], 121, 469f., 471[1], 478, 506[4].
—, mittelbare 36[2], 506[4].
—, prätorische 38[3], 74, 121, 327, 469f., 471[1].
—, unmittelbare 506[4].
—, wechselseitige 148f., 156[5].
—, zivile 74, 121.
— der *obligatio* 50ff., 63ff.
— des Klagrechts 50ff., 65ff., 69ff.
— dinglicher Klagen 67ff.
Konsumptionsähnliche Wirkungen gewisser Leistungen 122.
Konsumptionsverhältnis 12.
Kopulativpartikel 47f.
„Korrealität" 10.
Kumulation, prätorische 216[4].
—, prinzipielle 121.
—, ungehemmte 121.
— der Aktionen 36ff.
— der Anteile 178f., 400ff.
litis aestimatio bei fixer Geldstrafe? 399.
litis contestatio als Konsumptionsfaktor 9, 12, 40f., 162ff., 182f., 186ff., 333ff., 335, 373, 379f., 469, 486[3], 487.
mandare im Deliktsrecht 287ff., 297.
minuere actionem 469.
— *obligationem* 334.
Mittäter 107[2], 168, 170ff., 295, 300f., 476ff.
Mittelbare Täterschaft 172f., 292ff.

Nachforderungsklage 150, 163[4], 164, 334f., 352, 354.
nam zwecks Anknüpfung 438[1], 452[6], 486[3].
Naturalobligation 53[3], 360ff.
negotium im Pekuliaredikt 441.
non getilgt oder eingefügt 143[4], 158, 209, 210[5,6], 221, 244[3], 374f.
noxae deditio bei sachverfolgender *actio* 278f.
— und Ästimationszahlung 353f., 437.
obligatio honoraria 55.
— und Anspruch 81f., 86ff., 99, 109f., 120.
occupare 377.
omnimodo 438.
parcere 349[6].
Pekuliarhaftung aus Delikten 441, 443ff.
per actionem praestare 421[4].
— *exceptionem consequi, praestare* u. a. 225[4].
perceptio 253[5], 299[3], 331[2].
perire 410[4].
Personenkonkurrenz 10, 14.
pignus, Akzessorietät 361[5].
potestas agendi 69f.
in potestate est alicuius 45f.
Präjudiziale Klagen 21f.
Präparatorische Klagen 21f.
praescriptio pro actore 92, 117f.
— *pro reo* 53[2], 128.
praestare ohne Objekt 230[4], 349[1], 354[5], 483[5].
praestatio 87, 116ff., 148.
Privatstrafe und Schadensersatz 115f., 119f., 376.
Prozeßkonsumption, einheitliche Erscheinung 56ff., 73.
—, Voraussetzungen 76ff.
—, Wesen 48ff.
quot personae tot poenae 479.
Ratenhaftung, -berechtigung 21, 178ff., 201; 240, 378, 399ff., 412.
ratihabere im Deliktsrecht 291ff., 391.
Raub, Geschichte 429ff., 490.
Realkonkurrenz 462.
Rechtskraft 124[10].
Regreß unter Gesamtschuldnern 223ff.
Regreßklagen 22f., 500.
rei credendi 206[1], 384[4].
— *debendi* 205f.
— *promittendi* im weiteren Sinne 205f.
replicatio de re secundum actorem iudicata 124.
in residuum 440[1].
Sedes materiae für Konkurrenzfragen 287[1].
sequestraria formula 386f.
si modo 406[2], 507[6].
sic tamen 286.
simplum 144[5], 342[4], 491.
„Solidarität" 10.
in solidum 10, 46f.
solutio als Befreiungsakt 11f., 40f., 163, 182f., 186ff., 333ff., 335f., 370f., 380f., 418, 486[3], 487, 499ff.
„Solutionskonkurrenz" 130, 162ff., 200, 334f., 379[1], 499.
Stellvertretung im Deliktsrecht 292ff.
Strafklagen als Vorläufer anderer Klagen 110ff.
Streitgenossenschaft 197[6].
Subsidiäre Klagen 20[3], 22[5].
sufficere 469, 480.
Teilhaftung, -berechtigung 21, 178ff., 201, 240, 378, 399ff., 412.
tollere actionem 73.
Überschreitung des Konkurrenzgebiets 24ff., 174[4], 415[1], 510.
una obligatio 17[1, 2], 145f., 152, 184ff.
unitas actus 177, 195, 385f.
unus 17[2], 109[5], 184[5, 6], 189[1], 198, 382.
Urteil als Konsumptionsfaktor 49[3], 57[2], 124f., 202.
usque adeo ut 406[4].
ut c. indic. 506.
uterlibet 272[1], 286[6].
uterque 481[1].
valere = *posse* 438.
vis, Begriff 430[5], 490.
vulgo dicitur 430[5] a. E.

Quellen.

A. Vorjustinianische Quellen.

Ascon. in Cic. orat. in toga cand.
p. 84 . . . . . 430[1]
Auct. ad Herenn. 2, 13, 19 . 218[4]
Cic. ad fam. 13, 27, 1 . . . . 77[1]
de finib. 5, 29, 88 . . . . 77[1]
p. Flacc. 49 . . . . . . 57[3]
de legib. 2, 19, 49 . . . 132[1]
de offic. 3, 15, 61 . . . . 112[3]
3, 17, 71 . . . . 135[4]
top. 9. 39 . . . . 277[7]
p. Tull. 7 . . . . . 429[7]. 430[4]
8—11 . . . . . 429[8]
29 . . . . . . 490[1. 3]
34 . . . . 490[1]
42 . . . . 429[8]. 430[1]
in Verr. II 3, 10, 26 . . . 489[6]
Cod. Theod. 2, 18, 3 . . . . 460[1]
9, 20, 1 pr. . . . 67[1]
Collat. 1, 7, 2 . . . . 484[4]
7, 3, 1 . . . . 394[2]
10, 7, 5 428
10, 8, 1 . . . . 48[2]
12, 7, 7 . . . . 349[1]
Consult. 6, 8 . . . . 481[2]
6, 9 . . . . 481[2]
Ed. Theoder. 109 437
118 . . . . . . 437[7]
Gai. Aug. 106—114 . . . . . 49[5]
107 . . . . 275[5]
109 . . . . 72[1]
110 . . . . 56[6]
111 . . . . 76[1]
112 . . . . 76[1]
113 . . . . . . 72[1]. 275[5]
114 . . . . 73[4]

Gai. Inst. I 17 . . . . 39[1]
54 140
188 . . . . 492[1]
II 78 . . . . 422[2. 3]
79 . . . . 282[4]
113 . . . . 377[4]
114 . . . . 492[1]
199 . . . . 40[1]
205 . . . . 47[1]
215 . . . . 47[1]. 377[4. 7]
234 . . . . 492[1]
III 7 207
88 . . . . . . 81[1]. 85
89 85
99 . . . . 504[3]
103 . . . . 180[3]
116 . . . . 191[7]
119a . . . . 192[5. 6]
120 . . . . 307[1]
121 . . . . . 307. 308[1]
122 . . . . 238[6]. 241[5]
127 . . . . 110[6]
128 . . . . 383[9]
129 . . . . 383[8]
130 . . . . 383[8]
133 . . . . 383[9]
157 . . . . 292[3]
168 ff. 183
168 . . . . . 51[4]. 334[1]
172 . . . . 334[1]
180 50. 50[4]. 51. 56[1]. 57[1. 2]. 76. 189[5]. 334[1]. 367[2]. 454[3]
181 50[1. 3. 4]. 51. 51[4]. 55[5]. 56[1. 6]. 58. 75. 454[3]

Gai. Inst. III 182 . . . 55[4]. 85. 430[5]
189 . . . . 280[3]
195 . . . . 463[3]
196 . . . . 449[7]
198 468
200 . . . . 402[4]. 468[2]
203 . . . . 410[4]
208 . . . . 449[7]
209 429[5]. 430[5]. 432[7]. 433. 491
216 . . . . . 19[2]. 110[5]
221 . . . 507[5, 6]. 509[1]
222 . . . . 507[6]
IV 4 19[2]. 69[3]. 280[5]. 281[3]. 417. 423[6]. 424[2]. 429. 433[3]
7 136
8 417. 429. 429. 433[1, 7]. 433. 435[5]
9 . . . . 433[7]
20 . . . . 19[2]
22 . . . . 110[6]. 159[5]
23 . . . . 159[5]
37 . . . . 228[2]. 408[2]
47 . . . . 112[7]
51 . . . . . 141. 430[5]
53—53d . . . . . 143[5]
53 . . . . 244[3a]
54 . . . . 147[3]
55 453
57 . . . 83[2]. 92[1]. 244[3a]
60 . . . . 147[3]
70f. . . . . . . 46[7]
71 . . . . 430[5]
74 . . 31[2]. 151. 155[1]
74a 31[2]. 155[1]. 156[1]. 337[3]
75 . . . . 168[4]. 444
77 . . . . 169[1, 4]
78 . . . . 471[4]
83 . . . . 233[1]
86 . . . . 224[2]
89 . . . . 70[3]
91 140
94 . . . . 430[5]
98 61
Gai. Inst. IV 100 . . . . 492[1]
105 . . . . 90[2]
106 49. 50[3]. 52[5]. 56[1, 6]. 56. 58. 73[4]. 75. 332[3]. 333[4]. 339[3]
107 49. 50[3]. 52[5]. 55[5]. 56[1, 6]. 56. 58f. 65. 75. 126. 144[2]. 332[3]. 333[4]. 339[3]. 369f. 425[3]. 428
108 49. 50[4]. 52[5]. 54[5]. 189[5]. 332[3]. 339[3]
109 . . . . 74[7]
111 . . . . 111[1]. 280[3]
112 . . . . 84[10]. 429[5]
113 . . . . 84[2]
114 . . . . 367[5]
121 . . . . 56[6]
122 . 117[2]. 169[3]. 460[2]
123 . . 59[1]. 70[3]. 143[5]
124 . . . . 70[2]
131 87f. 116. 116[2]. 118[5]
131a 55[2]. 56[2]. 63. 70[3, 6]. 87f. 88[6]. 95[4]. 117. 117[2]. 127. 142[1]
133 . . . . 126[1]
154 . . . . 288[2]
155 . . . . 288[2]
171 . . . . 110[6]
179 . . . . 414[6]
182 . . . . 433[2, 7]
186 . . . . 102[2]
Lex Acil. repet. lin. 56. . . . 49[3]
agraria (a. 111) lin. 38 . 56[6]
munic. Malac. 63 . . . . 305[3]
Papyr. B.G.U. 1113 . . . . . . 235[1]
Paul. sent. 1, 5, 1 . . . . 474[2]
18, 1 . . . . . . 129f.
20 . . . . 308[1]
2, 12, 5 428
13, 5 . . . 83[7]. 85
14, 1 . . . . . . 84[5]
17, 16 . . . . . 43[2]
22, 2 . . . . . . 84[3]
31 Tit. . . . . 419[2]

Paul. sent. 2, 31, 4 . . . . . . 410[4]
13 . . . 418. 429
33 . . . . . . 410[1]
34 419
5, 4, 3 . . . . . . 507[6]
12, 9 . . . . . . 84[6]
23, 4 . . . . . . 484[4]
Quinct. decl. 266 . . . . . . 49[2]
inst. or. 3, 10, 1. 2 16[6]. 197[6]
7, 4, 44 . . . 482[11]
7, 6, 2 . . . 482[11]
4 . . . 49[2]
SC. de Bacchan. lin. 25. . . . 305[3]
Senec. Troad. v. 290 f. . . . . 171[1]
Ulp. fr. Arg. 1 . . . 225[2]. 244[2]. 253[1]
Ulp. fr. Arg. 2 260
11 . . . . 305[3]. 306 f.
12 . . . . 306[1]. 306 ff.
reg. 1, 22 . . . . 472[4]
11, 27 . . . . 448[8]
24, 12 . . . . . 39[5]. 40[1]
Vat. fr. 3 . . . . 34[5]
4 . . . . 34[3]
44 . . . . 24[6]
77 . . . . 39[6]
78 . . . . 39[5]
79 . . . . 39[6]
154 . . . . 220[6]
155 . . . . 220[6]

B. Justinianische Quellen.

1. Codex.

2, 4, 1 . . . . 236[1]
2, 11, 2 . . . . 489[6]. 492[3]
2, 26, 1 90
2, 34, 1 94
2, 54, 1 . . . . 43[4]
3, 1, 2 . . . . 60[1]. 62. 63[1]. 89
10 . . . . 460[1]
3, 28, 36, 1e . . . . 459[3]
3, 41, 4pr. . . . . . 436 ff. 440
4, 1 438
5 . . . . 418. 429
3, 42, 3 72
4, 8, 1 42[6]. 47[1. 4]. 284. 439. 482
4, 18, 3 . . . . 196[4]. 201
4, 26, 11 . . . . 450[7]
4, 54, 4 . . . . 43[6]
4, 62, 3 . . . . 489[6]. 491[1]
4, 65, 13 . . . . 238[3]
5, 13, 1, 9c . . . . 459[3]
5, 37, 1 . . . . 197[6]
5 . . . . 197[6]
5, 44, 4 . . . . 238[7]
5, 51, 3 . . . . 32[3]. 43[6]
5 . . . . 197[6]
6, 1 . . . . 42[7]. 238[3]
5, 51, 9 90
10 . . . . 18[4]
5, 52, 2pr. . . . . 42[9]. 47[3]. 238[3. 4]
2, 3 . . . . 47[3]. 238[3]
5, 57, 1 . . . . 197[6]
5, 58, 1 . . . . 227[6]
2 226. 229[1. 4]. 231. 234. 234. 236[1]
5, 59, 5pr. . . . . 221[3]
5, 75, 1, 1 . . . . 305[3]
1, 2 . . . . 229[6]
3 308
5 . . . . 305[3. 3]
6, 2, 1 . . . . 28. 32. 33[1]. 43[6]
4 466
12, 1 43[2]. 284[4]. 285[6]. 418. 429.
13 . . . . 418. 429
14 . . . . 418. 429
20 . . . . 469[4]
22 . . . . 21[1]
22, 1d . . . . 45[6]
22, 1e . . . . 45[5]. 413
22, 4 413
22, 4b 414
22, 4c . . . . 45[5]. 413 f.
6, 38, 4pr. . . . . 182. 377[4]

6, 38, 4. 1a . . . 204[4]
6, 51, 1, 11d . . . 469[3]
7, 55, 1 . . . 197[5. 6]
2 . . . 197[5. 6]
7, 72, 10pr. . . . 218[1]
8, 33, 3, 5a . . . 440[1]
8, 39, 1 . . . 238[7]
8, 40, 2 . . . 226[2]. 232. 237[4]
3pr. . . . 44[5]
5 . . . 44[5]
10, 1 . . . 308[1]
11pr. . . . 238[6]
11, 1 . . . 229[4]. 232[2]. 237[4. 5]
14, 1 . . . 237[4]. 238[2]
16 . . . 42[9]. 44[5]
19 . . . 44[5]
20 . . . 44[5]
21 . . . 44[5]. 237[4]
23 42[9]. 44[5]. 45[4]. 196[4]. 200. 201. 202. 263[1]. 285
28 . . . 200f. 300. 374
28pr. . . . 202
28, 1 . . . 45[5]. 200
28, 2 . . . 4. 45[5]
9, 31, 1pr. . . . 67[1]
9, 33, 1 . . . 435
9, 35, 2 . . . 508[1]

2. Digesta.

2, 1, 7pr. . . . 479[8]
7, 5 . . . 290[1]. 480. 481[1]
8 . . . 480
9 342[5]. 344[5]. 478[4. 5. 7. 9]. 479. 480
2, 7, 3, 2 . . . 490[1]
5pr. . . . 289[4]
5, 3 . . . 489. 501
6 . . . 489
2, 10, 1, 1 . . . 172[1]. 289[4]
1, 3 . . . 22[5]
1, 4 . . . 183. 188[7]. 498ff.
2 . . . 444[2]
3pr. . . . 22[5]. 500[8]. 501
3, 4 . . . 22[5]. 500[8]. 501
2, 11, 8 . . . 70[2]
2, 14, 6 . . . 84[5]
7pr. . . . 84[13]
7, 1 . . . 84[13]
7, 2 . . . 84[2]. 85
7, 5 . . . 84[5]
7, 12 . . . 84[3]
7, 16 . . . 438[3]
9pr. . . . 17[2]. 382ff.
10, 1 . . . 43[7]
17, 2 . . . 84[5]
23 . . . 219. 238[6]
25pr. . . . 205[10]. 218[3]. 219
27pr. . . . 218[3]. 219[6]. 382
27, 2 . . . 84[5. 12]
2, 15, 9pr. . . . 197[6]
3, 2, 1pr. . . . 433[2]
7 . . . 84[2]
3, 3, 32 . . . 377[8]
42, 2 . . . 86
42, 5 . . . 205[10]. 206[1]. 384[4]
54, 1 . . . 197[6]
66 . . . 64
70 . . . 83[5]
3, 5, 3, 7 . . . 84[7]
7pr. . . . 507[6]
29 . . . 233[4]. 309[2]
38 . . . 336[2]
3, 6, 1pr. . . . 474
2 . . . 292[6]
3, 3 . . . 474f.
5, 1 . . . 19[1]. 28. 469[7]
7pr. . . . 474[3]
4, 2, 1 . . . 490[1]
3, 1 . . . 490[1]
9, 6 . . . 287[1]
14, 1 . . . 20[3]
14, 2 . . . 20[3]
14, 10 . . . 434f. 438[3]
14, 12 . . . 430[5]. 432[7]
14, 13 . . . 22[5]. 60[1]. 66
14, 15 . . . 498
15 . . . 203[5]
16pr. . . . 209[8]
4, 3, 9, 3 . . . 386[6]
15, 1 . . . 293[3]

4, 3, 17 pr. . . . . 287[1]. 498
18 pr. . . . . 142[10]
18, 5 23
25 . . . . 26. 26[2]
26 . . . . 345[6]
29 . . . . 446[6]
33 . . . . 435[10]
39 . . . . 26[2. 2]
4, 4, 9, 2 . . . . 408[2]
11 pr. . . . . 48[1]
13 pr. . . . . 233[2]
16 pr. 233
38 pr. . . . . 34[5]
4, 5, 7, 1 . . . . 84[9]. 86[5]
4, 6, 1, 1 . . . . 70[2]
4, 7, 4, 6 . . . . 143[4]
4, 8, 34 pr. . 206[1]. 379[2]. 382. 384
4, 9, 3, 1 . . . . 19[1]. 442[4]
3, 3 . . . . 441[3]
3, 5 28
6, 4 28
5, 1, Tit. . . . . 445[2]
2. 3 . . . . 227[3]
18, 1 . . . . 85[4]. 315[4]
19 pr. . . . . 197[6]
35 . . . . 82[4]
41 . . . . 92[5]
44 pr. . . . . 197[6]
57 . . . . 445 ff.
61 pr. . . . . 92[2]
5, 2, 25, 1 . . . . 43[4]
5, 3, 13 . . . . 69[3]
13, 13 . . . . 26[2. 2]
13, 15 . . . . 132[2]
14 . . . . 133[3]
16 . . . . 69[3]
18 pr. . . . . 69[3]
18, 1 . . . . 69[3]
18, 2 . . . . 133[1. 2]
20, 4 . . . 127[1]. 133[1. 5]. 435[10]
36, 2 . . . . 44[1]. 72[2]
40, 4 . . . . 279[1]
45 . . . . 26[2]
5, 4, 1, 1 . . . . 127[5]
6, 1, 4 . . . . 48[1]
7 26
13 . . . . 72[2]
14 . . . . 45[4]. 72[2]
21 . . . . 409[4]
23, 6 . . . . 422[11]. 423
27 pr. . . . . 438[3]
27, 1 . . . . 438[3]
27, 3 . . . . 69[3]
45 . . . . 298[3]
6, 2, 7, 16 . . . . 39[1]
7, 1, 13, 2 . . . . 19[1]
7, 9, 4 369
8, 1, 17 . . . . 379[3]
8, 2, 35 . . . . 47[5]. 103[1]
8, 6, 9 . . . . 379[3]
9, 1, 1, 14 . . . . 46[9]. 313
9, 2, 4 . . . . 394[2]
5, 1 . . . . 39[3]
7, 8 . . . . 47[5]. 48[2]
11, 2 . 303[1]. 333[3]. 484 ff. 500
11, 3 . . . . 25. 484[3]. 487
11, 4 . . . . . . 283[7]. 487
15, 1 . . . . 25[4]
19 . . . . 401[5]
20 . . . . 401[5]. 412
21, 1 . . . . 488[2]
27 pr. 464
27, 2 . . . . 401[5]
27, 11 487
27, 34 . . . . 48[2]
30, 1 . . . 354[3]. 406[2]. 411
32 pr. . . 283[7]. 342[5]. 478[4. 4. 5]
32, 1 25[2. 3. 5]. 106[6] 470 f. 472
37 pr. . . . . . 289[5. 6]. 295
41 . . . . 108[2]
41 pr. . . . . 464[10]
41, 1 . . . . 463[3]
42 . . . . 82[4]. 108
46 . . . . 470[5]. 471
47 . . . . 470[5]. 471
48 . . . . 470[6]. 471 ff. 481[1]
51 . . . . 485. 487
51 pr. . . . . 25[4]
51, 1 . . . 303[1]. 484[4]. 485

9, 2, 51, 2 283[7]. 315[4]. 479[1]. 482. 487[4]. 487
9, 3, 1 pr. . . . . 328[9]. 329[3]
1, 4 . . . . 328[8. 10]
1, 7 . . . . 84[3]. 136[8]. 447
1, 8 . . . . . . 84[7. 9]. 441[10]
1, 10 . . . . 46[9]. 330
2 330
3 . . . . 46[9]. 330
4 . . . . . . 238[6]. 330
5 pr. 330
5, 4 . . . . 328[7]
5, 5 . . . . 329[3]
9, 4, Tit. . . . . 445[2]
1 . . . . 167. 168[4]
2 pr. 166[2]. 167[2]. 168[1. 4]. 346. 444[2]. 494[1]
2, 1 62[4]. 158[1]. 159[1]. 159 f. 168[4]. 170[8]. 170. 172[4]. 173[2]. 289[6]. 348[5]
3 159[2]. 160[3]. 167. 170[8]. 289[6]. 496
4 pr. . . . . 170[8]
4, 2 45[4]. 158 ff. 164. 168[4]. 203[5]
4, 3 57[3]. 62. 158. 160[3]. 161 f. 161[4. 5]. 164 f. 170. 173. 203[5]. 320. 340. 340[2]. 352[6. 7]. 353[2]. 497[5]
5 . . . . 159[2]
5 pr. 168[1]. 173[1]. 312. 355. 477. 494 ff.
5, 1 . . . 169[4]. 170[1]. 495 ff.
6 . . . . 169[4]. 170[1]
7 . . . . 159[2]
7, 1 143[3]. 170. 339. 340[2]. 352[5]. 353[2]. 356[3]
8 . . . . 312[7]. 355
9 311[3]. 340. 342[4]. 344[5]. 345 ff. 347[2]. 352. 352[4]. 353[2]. 354 f. 494[2]. 497
10 355
12 . . . . 357[1]
14 pr. . . . . 377[6]
17 pr. 347[1. 2]. 348[2. 7]. 351 ff. 505[1]
9, 4. 19 pr. 183. 385
21, 2 . . . . 321[2]
22, 3 279
23 324
24 15. 44[2]. 45[2. 3]. 170[1]. 319. 321. 323 ff. 356[3]. 356
25 326
26 pr. 45[2. 3]. 62. 319. 323 f. 326 f. 356
26, 1 . . 44[7]. 319. 323 f. 336
26, 2 27[3]. 44[2]. 319. 320[7]. 323 f.
26, 3 . . . . 296[1]. 319
26, 4 . . . . 27[3]. 320[7]
26, 5 . . . . 322[4]. 325[4]
31 341. 342[4. 5]. 343[4. 5]. 344[5]. 345[3]. 354[1]. 407[1]. 439
33 279
35 . . . . 445 ff.
39 pr. 43[3]. 57[3]. 319. 320[8. 9]. 321 ff.
39, 1 . . . . 317[2d]
39, 2 . . . . 325. 325[1]
39, 3 . . . . 325[4]
10, 2, 1, 1 . . . . 22[1]
16, 4 . . . . 20[2]
18, 5 . . . . 225[4]. 238[4]. 249[7]
20, 4 . . . . 128. 130
25, 1 . . . . 249[6]
30 . . . . 129[1]
44 pr. 129
44, 5 . . . . 231[5]
10, 3, 1 . . . . 19[2]
2 pr. 207. 217
4, 2 . . . . 129. 131
8, 4 . . . . 242[3]. 252[1]
9 . . . . 242[3]
15 . . . . 242[3]. 252[1]
25 . . . . 242[3]. 249[1]
29 pr. . . . . 84[8]
10, 4, 12, 6 . . . . 278[2]
11, 1, 8 . . . . 317[2c]. 318. 319
10 . . . . 181[3]
13 pr. . . . . 314[3]
14 pr. . . . . 314[4]
18 244[2a]. 315[3]. 316. 316[4]. 317[2a. b]. 327

11, 1, 20 pr. 310f. 312[1]. 314ff. 319. 322. 331[1]. 497
20, 2 . . . 181[3]
11, 3, 1 pr. . . . 467[2]
1, 2 . . . 468[2]
1, 5 . . . 468
3, 1 . . . 466[6]
9 pr. . . . 47[6]. 48[1]. 468[2]
10 . . . 467
11 pr. . . . 467[2]
11, 2 15. 106[7]. 287[1]. 334[6]. 410[2]. 466ff.
14, 2 . . 46[9]. 296[1]. 311. 319
14, 5 . . . 491
16 . . . 467[4]
11, 4, 1 pr. . . . 468[2]
1, 1 . . . 462[8]
5, 4, 1 . . . 441[8]. 442[3]
6, 1 pr. . . . 19[1]
3 pr. 46[9]. 57[3]. 333[2]. 499. 500[11]
3, 2 . . . 22[5]
3, 3 . . . 22[5]
4 . . . 441[7]
5, 1 . . . 22[5]. 510[7]
11, 7, 14, 12 . . . 20[3]
12, 1, 1, 1 . . . 208[2]
9 pr. . . . 105
12, 2, 13, 2 . . . 282[2]
22 . . . 441[4]
26, 1 . . . 105[2]
28 . . . 14
28, 4 . . . 65[4]. 102ff. 125[5]
28, 5 . . . 430[5]
28, 7 . . . 105[1]
30, 3 . . . 66. 106[2]. 396ff.
12, 4, 3, 4 . . . 84[2]
12, 5, 6 . . . 280[6]
12, 6, 2 pr. . . . 392[4]
20 . . . 205[10]
25 . . . 185[1]
28 . . . 361[5]
33 . . . 392[4]
38 pr. . . . 249[7]
60 pr. . . . 360. 361[5]. 367[3]
66 . . . 19[2]
13, 1, Tit. . . . 279[6]. 452
1 . . 391. 391[2]. 392[3]. 422[4]
2 . . . 282[2]
4 . . . 438ff. 443. 445ff.
5 282[2]. 441. 441. 445[10]. 450[5]
6 . . . 392[3]. 450[5]
7 pr. . 342[4]. 408[2]. 429. 463[1]
7, 1 48[1]. 65. 418[6]. 421[1]. 428. 463[1]
7, 2 . . . 282[2, 4]
8, 1 . . . 282[4]
9 . . . 94[4]. 282[2]
10 pr. . . . 280[4]
10, 1 . . . 432[8]. 433
14, 2 . . . 482
16 . . . 108. 282[4]
18 . . . 14[5]. 292[5]. 388ff.
19 439[8]. 442. 445[3]. 448. 452[4]. 452f.
20 . . . 280[6]. 282[4]. 422[4]
13, 3, 2 . . . 281[2]
13, 4, 2, 1 . . . 84[4]
2, 3 . . . 42[5]. 46[1]
13, 5, 3, 1 . . . 225[4]
5, 2 . . . 16[3]
16 pr. . . . 206[2]
18, 3 16. 64. 76[3]. 189[6]. 287[1]. 373[2]
13, 6, 3, 3 . . . 213[3]
3, 4 . . . 448[8]. 450[7]
5, 6 . . . 409
5, 15 46[9]. 187. 206[2]. 208. 210[5a]. 212ff. 240[2]. 287[1]. 393
6 . . . 215. 376[5]. 394
7 pr. 23[1]. 212[1]. 215. 287[1]. 393
7, 1 . . . 15. 210[5c]. 287[1]
14 . . . 33[1]. 108. 428
17, 2 . . . 213[3]
18 pr. . . . 409[4]
21, 1 . . . 215[1]
13, 7, 4 . . . 449[7]
9, 3 . . . 83[7]
9, 5 . . . 82[4]
11 pr. . . . 361[5]

13, 7, 22 pr. . . . . 343[5]
14, 1, 1, 17 . . 44[2]. 45[3]. 325. 336
1, 18 336
1, 19 . . . . 267[8]
1, 20 . . . . 55[4]
1, 24 14. 45[3]. 151[3]. 188. 267[1]. 268. 331 ff. 336. 375[4]. 486
1, 25 . . . . 14. 267[5]
2 . . . . 240[7]. 267[4]
3 . . . . 267[7]
4 pr. . . . . 267[11]
4, 1 . . . . 267[5]
4, 2 . . . . 267[9]
4, 4 . . . . 267[3]. 268
6, 1 . . . . 267[9]
14, 3, 4 . . . . 80[4]. 96
13 pr. . . . . 65. 244[3a]
13, 2 . . . 240[5, 7]. 256. 268 f.
14 . 250[2]. 251[1, 6]. 268. 269 ff.
15 268
17, 1 338
19, 1 . . . . 270[3]
14, 4, 3 pr. 15. 271. 337
5, 1 . . . . 44[7]. 156 f.
7, 2 . . . . 155[3]
7, 5 . . . . 155[4]
8 . . . . 155[5, 6]
9, 1 44[7]. 154. 156 f. 323. 336. 338
9, 2 . . . . 155[4]
11 . . . . 337[8]
14, 5, 4, 5 151 ff. 156 f. 244[3a]. 367
7 . . . . . 46[2]. 241[1]. 270[5]
14, 6, 1 pr. . . . . 54[3]
9, 2 . . . . 450[7]
15, 1, 1 pr. . . . . 46[7]
1, 2 441
1, 4 . . . . 450[7]
3, 3 . . . . 55[4]
3, 11 . . . . 443[6]. 445 f.
3, 12 436[1]. 439[8]. 440. 442. 442[4]. 445 ff. 450[6]. 451[1]. 451 f.
3, 13 . . . . 441[7]
15, 1, 9, 3 . . . . 367[1]
9, 8 . . . . 231[5]
10 . . . . 377[4]
11, 7 . . . . 259[5]
11, 8 . . 43[7]. 44[3]. 259 f. 264
11, 9 46[7]. 243[1]. 247. 247[2]. 257
12 . . 247. 247[2]. 251[8]. 257
13 . . . 248. 257[2]. 259. 264
14 247[1]. 251[3]. 255 ff. 262. 263. 266
14 pr. . . . . 251[1]. 270[4]
14, 1 . . . . 251[2]. 253
15 . . . . 248. 253
16 . . . . . . 247. 248. 249[1]
17 . . . . 157[7]
19 pr. . . . . 157. 244[3, 4]
19, 1 . . . . 254[4]. 258
19, 2 . . . . . 257[2]. 257. 269
20 . . . . [illegible]
27, 2—7 . . . . [illegible]
27, 2 . . . . 264 f.
27, 3 . 242[2]. 252[4]. 256. 263 f.
27, 4 . . . . 259[6]
27, 5 . . . . 259[6]
27, 6 . . . . 257[5]. 260. 264
27, 7 . . . . 259[6]
27, 8 240[7, 8]. 247[2]. 249[1]. 251. 263. 264
29 pr. . . . 250[3]. 251[1]. 270[4]
30 pr. . . . . 247[2]
30, 1 . . . . 248[2]. 251. 270[1]
30, 2 . . . . 251[1]
30, 3 223[2]. 225[4]. 226[2]. 227[2]. 232. 249[7]
30, 4 143[4]. 244. 244[3a, c]. 374
30, 5 260
30, 7 . . . . 153[5]
32 pr. 206[4]. 225[2]. 242[2]. 244[1, 3, 3a, b]. 250[1]. 251[2, 3]. 252 ff. 255 f. 256[3]. 258. 260. 261[1]. 261 ff.
32, 1 . . . 244[3c]. 260. 261
36 . . . . 46[7]
37, 2 . . . . 259. 259[4]. 264
37, 3 . . 254[4]. 255. 257. 260

15, 1, 41 . . . . 361[1]
43 . . . . 259[4]
44 . . . . 46[7]
47 . . . . 270[2]
47 pr. . . . . 270[2]
47, 2 . . . . 91[1]. 244[3b]
47, 3 42[9]. 43[2]. 244[2]. 252[4]. 255[1]. 256[4]. 261 ff. 367. 375
47, 4 . . . . 260. 264
47, 6 . . . . 258[4]
50, 2 . . . . 360. 364
50, 3 . . . . 42[8]
51 . . . . 242[3]
52 pr. . . . . 231[5]. 377[4]
54 . . . . 249[3]. 250[3]
58 . . . . 249[3]. 250[3]
15, 2, 1, 10 . . . . . . 244[3a]. 259[1]
15, 3, 1, 2 . . . . 285[9]
3, 10 . . . . 481[1]
15, 4, 5, 1 . . . . 196. 272
16, 1, 2, 1 . . . . 43[1]. 54[2]
8, 9 . . . . 35[6]
8, 10 . . . . 35[5. 6]
16 pr. . . . . 35[4. 6]
24, 2 . . . . 35[8. 10]
29 pr. . . . . 43[1]
31 . . . . 34[6]. 35
16, 2, 5 . . . . 42[3]
8 . . . . 361[4]
10, 2 . . . . 84[10]. 84
16 pr. . . . . 209[8]
16, 3, 1, 14 . . . . 285[9]
1, 15 . . . . 18[4]
1, 18 . . . . 94[3]
1, 31 412
1, 43 45[4]. 143[4]. 199[3]. 208 ff. 213[1. 3]. 222. 287[1]. 385
1, 44 197[6 a. E.] 199[3]. 287[1]. 385
7, 1 46[6]. 93. 137. 210. 213[3]
9 . . . . 213[3. 3]
10 . . . . 213[3]
17 pr. . . . . 385 f.
17, 1 386
16, 3, 22 . . . . 213[2. 3]
29 pr. 428
33 . . . . 18[4]
17, 1, 21 . . . . 196[5]. 208[2]
22, 6 . . . . 292[2]
22, 7 428
53 . . . . 208[2]
54, 1 . . . . 225[6]
56 pr. . . . . 44[3]. 45[3]
58, 1 . . . . 42[9]
59, 3 42[9]. 44[3]. 46[9]. 47[3]. 196 ff. 197[6. 6]. 201[8]. 226[3]. 263[1]
60, 2 203
17, 2, 34 . . . . 129[1]
38 pr. 90
38, 1 . . . . 47[6]. 100
43 . . . . 100. 150[4]
45 427
46 . . . . 427. 476[2]
47 pr. 427
48 427
49 107
50 428
18, 1, 29 . . . . 442[4]. 443
64 . . . . 180[2]
18, 3, 4, 2 . . . . 34. 43[6]
7 . . . . 28. 34[5]
19, 1, Tit. 457
5 pr. . . . . 47[5]
10 15[9]. 39[3]. 176[6]. 455[5]. 456 ff.
11, 3 . . . . 30[2]. 137
13 pr. 138
13, 1 138
13, 7 . . . . 440[1]
13, 8 . . . . 82[4]
13, 12 . . . . 24[1]
29 . . . . 461[1]
30 pr. . . . . 442[4]
48 . . . . 87[4]
19, 2, 13 pr. . . . . 48[2]
13, 9 217
30, 2 . . . . 15. 47[5]
31 . . . . 19[3]
32 24

19, 2, 42 428
43 107
47 42[9]. 47[3]. 196[3]. 199[3]. 208[2]. 217. 238[4]
19, 5, 14, 1 464
15 . . . . 84[5]
20, 1, 5 pr. . . . . 55[4]. 361[5]
13, 4 . . . . 361[5]
14, 1 . . . . . . 361[5]. 363[3]
16, 8 207
20, 4, 7 pr. . . . . 11[3]. 39[6]
7, 1 . . . . 11[3]. 39[6]
20, 5, 2 . . . . 237[4]
20, 6, 13 . . . . 361[5]
21, 1, 1 pr. 138
1, 2 . . . . 137[4]
1, 8 . . . . 137[4]
17, 1 . . . . 417[1]
18 pr. . . . . 31[3]
19, 6 . . . . 31[3]
23, 4 84[2]. 95[3]. 135[5]. 135 ff. 138. 141
23, 5 . . . . 135[4]
23, 8 . . . . 353[3]
28 140
31 pr. . . . . 353[3]
31, 5—10 . . . . 287[1]. 412
31, 10 . . . . 206[2]. 217. 219[7]
31, 16 140
31, 17 140
31, 20 . . . . 110[7]. 137. 138[1]
37 . . . . 137[4]
43, 5 433
43, 6 . . . . 30[2]. 32
44, 1 . . . . 218[5]. 219[7]
45 . . . . 138 ff.
48, 2 . . . . . 31[3]. 134. 142 f.
48, 5 . . . . 135[4]
58 pr. . . . . 353[3]
21, 2, 17 . . . . 43[7]
32 . . . . 118[4]
37, 1 . . . . 110[7]. 138. 138[1]
51, 4 . . . . 500[11]
57 pr. . . . . 83[7]
57, 1 . . . . 83[7]. 84[8]
21, 2, 65 . . . . 225[4]. 238[4]
22, 1, 32, 2 . . . . 210[5.6]
32, 3 . . . . 151[5]. 210[5.6]
32, 4 . . . . 143[4]. 210[5.6]
32, 5 . . . . 210[5.6]
43 . . . . 232[2]
22, 3, 11 . . . . 304[5]
23, 2, 66 pr. . . . . 289[4]
23, 3, 29 . . . . 24[4]
50 pr. . . . . 19[2]
57 . . . . 55[4.4]
59 pr. . . . . 504[1]
24, 1, 32, 5 . . . . 225[4]
49 . . . . 459[3]
24, 2, 11, 2 . . . . 84[14]
24, 3, 64, 6 . . . . 159[5]
25, 2, 1 . . . 449. 450[3]. 450. 453[2]
3, 4 . 442[4]. 449. 449[7]. 450[9]. 452[4]
4 . . . . 442[4]. 450[9]. 452[4]
5 . . 442[4]. 450[9]. 451. 452[4]
6, 3 . . . . 282[2]
17, 2 . . . . 452[10]
17, 3 . . . . 413 ff.
18 . . . . 413 ff.
21, 1 . . . . 289[6.6]
21, 5 . . . . 84[9]. 415
21, 6 415
24 . . . . 46[2]
26 . . . . 452[11]
28 . . . . 413. 414[1]
25, 5, 2, 1 . . . . 57[3]
25, 6, 1 pr. . . . . 209[8]
26, 7, 1, 1 . . . . 220[6]
9, 1 . . . . 48[2]
14 234
18, 1 221
25 63[1]. 90. 197[6.4.6]. 228[1]. 229[3.5]
33, 2 . . . . 44[2]
38 pr. . . 42[9]. 206[1]. 222. 237
38, 1 . . . . 236 f.
38, 2 226[2]. 227[2]. 232. 236. 477[5]
39, 11 220
39, 15 . . . . 65[8]. 90. 197[4.6]
41 . . . . 235. 236[1]

26, 7, 42 . . . 227. 229[1]. 231. 234
45 42[9]. 222. 234. 236[1]. 308. 309[2]
46, 5 . . . . . 62. 63[1]. 88
46, 6 221
55, 1 47[1]. 112[3]. 145. 205[5]. 500[11]
61 . . . . 446[6]
26, 10, 1, 5 . . . . 349[6]
27, 3, 1, 1—18 . . . . 222[1]
1, 10ff. . . . . 287[1]
1, 13 227[5]. 229[1]. 230ff. 233ff. 236[1]. 238[4]
1, 14 229[1]. 230ff. 233ff. 236[1]. 236. 477[5]
1, 16 232
1, 17 232
1, 18 . 227[5]. 230f. 232. 235
1, 19—24 . . . . 222[1]
1, 20 . . . . . . 111[5]. 144[5]
1, 21 72. 86. 88[5]. 108ff. 113. 114. 143ff. 428[4]. 475[11]
1, 22 112[1]. 112ff. 113[4]. 428[4]. 475f.
1, 23 144
1, 24 . . . . 111[3]
2 pr. 111
2, 1 111f. 113[3]. 145[3]. 428[4]. 475f. 500[11]
2, 2 . . . . 144. 491
4, 2 65
15 333[2]. 346[6]. 477. 499. 500[11]
20, 1 . 90. 197[5. 6]. 225[4]. 228[1]
21 223[2]. 224. 226. 227[4]. 231
23 . . . . 60[1]
27, 6, 7, 4 . . 45[4]. 287[1]. 499. 500[11]
8 . . . . 57[3]. 500[11]
27, 7, 6 . . . . 197[5. 6]
7 . . . . . 196. 201. 308[1]
27, 8, 1, 17 . . . . . . 136[6]. 441[7]
2 . . . . 305[3]. 307[4. 5]. 307
5 . . . . 220[13]. 236[2]
7 . . . . 304f. 308f. 493
27, 9, 10 . . . . 28[7]
27, 10, 7, 2 62
29, 2, 99 . . . . 345[6]
29, 4, 1 pr. . . . . 94[1]
29, 4, 6, 3 345
11 . . . . . 42[6]. 45[3]. 47
12, 1 . . . . 46[6]. 94[1]
30, 8, 1 182. 187. 194. 206[2]. 263[1]. 381
28, 1 . . . . 454[7]
34, 3 . . . . 189[3]
34, 10 . . . . 39[5]
57 . . . . 225[4]. 229[5]
70, 2 . . . . 353[3]
82, 2 . . . . 461[5]
82, 4 . . . . 455[3]. 461[5]
82, 6 . . . . 455[3]
84, 5 . . . . 460f.
84, 12 . . . . 11[3]. 40[1]
84, 13 . . . . 28[9]
108, 2 . . . . 46[2]
108, 4 . . . . 189[3]. 454[8]
108, 12 . . . . 87[4]
120, 2 . . . . 24[6]
31, 16 . . . . . . 182. 188[1]. 381
34, 5 65
76, 8 . . . . 28[9]. 45[4]
82 pr. . . . . 455[1]
32, 11, 21 . . . . . . 377[7]. 506[4]
25 pr. . . . . 182[5]
80 . . . . 39[5]
93, 1 . . . . 53[6]
33, 1, 1 . . . . 383[7]
33, 4, 10 . . . . 39[7]. 40[1]
34, 3, 33 . . . . 10[5]
11 . . . . 454[7]
13 . . . . 454[7]
28, 13 . . . . 453[6]
28, 14 . . . . 453[6]
29 . . . . 238[6]
34, 5, 16 pr. 207
35, 1, 40, 3 . . . . 367[1]
35, 2, 1, 10 . . . . 454[7]
5 . . . . 455[1]
62 pr. . . . . 238[6]
88, 1 . . . . 225[4]
36, 1, 61 pr. . . . . 361[5]
38, 5, 1, 22 . . . 136[7]. 279[2]. 441[5]
1, 26 . . . . 275[5]

39, 1, 20, 8 . . . . 278[2]
22 . . . . 278[2]
39, 2, 4, 9 . . . . 22[5]
5, 2 . . . . 405[4]
7, 1 . . . . 444[2]. 444
15, 18 . . . . 39[6]
27 . . . . 180[5]
40, 2 . . . . 399[3]. 412. 509[4]
40, 3 . . . . 240[4]
39, 3, 1 pr. . . . . 277[6]
1, 17 . . . . 276[5]. 277[7]
2, 5 . . . . 275[1]
4, 2 . . . . 274[5]
4, 3 . . . . . . 274[5]. 275[1]
5 . . . . . 274[5. 5]. 275[1. 1]
6 pr. . . . . 272 f. 275[1]
6, 1 . . 272. 273[2]. 387. 412
6, 5 . . . . 275[1. 5]
6, 6 278
6, 7 . . . . . 275[1. 1]. 277 ff.
6, 8 278
7 pr. . . . 274[4]. 275[1. 1]. 279
11, 1 206[4]. 272. 273 f. 379[1]. 387[3]. 387 f.
11, 2 . . . . 272. 273[2]
11, 3 . 240[4]. 272. 273[2]. 273 f.
11, 4 . . . . 272. 387. 412
13 . . . . 274[5]
14 pr. . . . . 274[5]
14, 3 . . . . 274[5]
22, 1 . . . . 275[1]
22, 2 . . . . . . 275[1]. 276[4]
39, 4, 1 pr. . 345[1]. 489. 491 f. 492[6]
1, 2 . . . . 19[1]
1, 3 . . . . 490[4]
1, 4 . . . . 490[4. 5. 6]
1, 5 . . . . 492[8]
1, 6 . . . . 492[8]
3 pr. . . . . 492[8]
3, 1 . . . . 492[8]
3, 3 . . . 342[5]. 478[4]. 493[1]
5 pr. . . . . 435[3]
5, 1 . . . . 144[5]. 491
6 . . . . . 209[8]. 489. 492 f.
9, 5 . . . . 434. 489[6]. 490[6]
39, 5, 22 . . . . 87[4]
25 . . . . 449[7]
39, 6, 35, 6 . . . . 42[9]. 44[3]
40, 7, 3, 9 . . . . 442[4]
21 pr. . . . . 276[4]
40, 8, 8 . . . . 438[3]
40, 12, 9 pr. . . . . 414[6]
41, 1, 7, 10 . . . . . 421. 422[4. 7. 11]
37, 2 . . . . 442[4]
41, 2, 12, 1 . . . 57[3]. 287[1]. 424 ff.
24 . . . . 442[4]
41, 3, 41 . . . . 98[3]
42, 1, 4, 7 . . . . 85[3]
6, 1 . . . . 161[3]
43 . . . . 197[6. 6]
52 . . . . 84[2. 9]
42, 5, 9, 8 . . . . 84[9]
24, 2 . . . . 208[2]
42, 6, 1, 10 . . . . 42[5]
1, 15 . . . . 42[5]
42, 8, 6, 12 . . . . 279[2]
9 . . . . 213[5]
43, 3, 1, 1 . . . . 430[5]
43, 8, 2, 43 . . . . 291[7]
43, 16, 1, 3 . . . . 490[1]
1, 12 287. 287. 290. 291[2. 4. 8]
1, 13 206[4]. 285 ff. 291[5. 6]. 295. 297[8]. 297. 299. 301[2]
1, 14 287. 288[2]. 291[3. 9]. 291. 391[4]
1, 15 . . . . 291[4. 5]. 439
1, 36 . . . . 292[1]
1, 42 . . . . 292[1]
1, 43 . . . . 288[8]
1, 48 . . . . 288[8]
3 pr. . . . . 288[8]
3, 1 . . . . 288[8]
3, 10 . . . 291[2. 6. 9]. 391
3, 11 . . . . 291[4. 9]
4 . . . . 293[8]
7 . . . . 292[1]
16 . . . . 446[4]
18, 1 . . . . 424 ff.
43, 17, 1, 4 . . . . 506[8]
43, 24, 1, 5 . . . . 490[1]

43, 24, 5, 8 . . . . 291[5]. 298
5, 9 298
5, 10 . . . 291[6]. 293. 298
5, 11 . . . . . 291[5]. 293
5, 12 . . . . 291[2. 4. 5]. 293
5, 13 298
5, 14 . . . . 291[4]
6 290[1]. 291[2. 5]. 292[2]. 293[2]. 295. 297. 299
7, 4 . . . . 490[1]
11, 7 . . . . 289[6]
13, 6 . . . . 291[6. 8. 9]
13, 7 . . . . 291[4. 5]
15, 1 . . . . 291[5]. 298
15, 2 46[6]. 48[2]. 290[1]. 291[5]. 296ff. 304. 477[5]. 488. 499
15, 3 298
15, 4—6 298
16, 2 . . . . 275[1. 1]
43, 26. 14 . . . . 19[1]
19 pr. . . . . 40[1]
43, 29. 3, 13 . . . . 397[1]
44, 2, Tit.. . . . . 49. 69[4]
3 . . . . 123. 126[1]
5 . . . 77[1]. 78[2]. 101f. 105
7 pr. 78
7, 1 . . . . 78. 125[5]
7, 4 123ff. 126[1]. 128[5]. 128. 131
7, 5 . . . 125. 128[5]. 131ff.
9 pr. . . . . 97[5]
9, 1 . . . . 98[3]
11, 2 . . . . 97[3]
11, 5 . . . . . 72. 97[1]. 98[2. 3]
11, 7 . . . . 61. 317[2c]
11, 9 . . . . 61[4]
12 78
13 78
14 pr. . . . . 39[1]. 78
14, 2 79. 80. 96f. 97[3]. 120. 131[5]. 458[3]
14, 3 . . . . 424ff.
17 . . . . 97[5]
18 62
20 . . . . 92[3]
21 pr. . . . . 92[3]
44, 2, 21, 1 . . . . 127[4]
21, 4 62[10]. 143[3]. 206[4]. 358. 364[3]. 368ff.
22 62. 62[1]. 95[4]. 118[6]. 213[3]. 459
23 . . . . 62. 87[4]
25, 1 . . 30[2]. 31. 134. 141ff.
27 . . . . 78. 80[4]. 83[1]. 98[3]
31 . . . . 423f.
44, 4, 4, 6 . . . . 408[2]
4, 7 . . . . 72[2]
4, 26 . . . . 189[3]
44, 7, 1 pr. . . . . 85[3]
1, 1 . . . . 85[3]
1, 6 . . . . 83[7]
4 . . . . 85[3]
5 pr. . . . . . 84[2. 10]. 102
5, 3 102
5, 4 . . . . 447[2]
5, 5 . . . . 329[1]. 447. 447[2]
12 . . . . 95[3]
13 . . . . 147[4]
17 . . . . 454[8]
18 . 64. 79. 187. 453ff. 458
19 . . . . 454[8]. 455[3]
20 . . . . 289[6. 6]. 490[1]
25, 1 . . . 84[1]. 85. 93. 107[4]
32 . . . . . 84[9]. 106[5]. 496[4]
34 . . . . 8[1]
34 pr. 43[2]. 66. 113[2]. 354. 467[5]
34, 1 . . . . 60[1]. 369
34, 2 . . . 7[6]. 354. 428. 429
41, 1 . . . . 107. 354
46 . . . . 84[4]
49 . 84[2]. 94. 95[2]. 136[8]. 137[2]
51 . . . . 63[5]
52 pr. . . . . 85[3]
52, 8 . . . . 85[3]
53 pr. . . . . 86. 106[8]
60 . . . . . 39[4]. 66[5]. 496[4]
45, 1, 1 pr. . . . . 55[4]
9 . . . . 377[9]
18 . . . . 176[6]
21 . . . . 85[6]
25 . . . . 176[6]
29 pr. . . . . 118[4. 5]

45, 1, 54, 1 . . . 412
58 . . . 176[6]
73 pr. . . . 83[7]
88 . . . 210[5e]
90 . . . 361[5]
91, 4 . . . 210[5a. a. e. e]
91, 5 . . . 55[4]. 210[5e]
98, 1 . . . 83[7]. 84[4. 14]
112 pr. . . . 32[1]
116 . . . 17[2]. 188
131, 1 . . . 182[3]
133 . . . 64
141, 2 . . . 450[7]
141, 3—9 . . . 504[1]
141, 5 . . . 505[12]. 506[4]
45, 2, Tit. . . . 379
2 . . . 184. 187. 378[2]. 379
3 pr. . . . 177[4]
3, 1 17[2]. 46[9]. 183 ff. 197[6]. 198. 201. 263[1]. 379[2]. 380
4 . . . 176[2]. 177[3. 4]
6, 3 . . . 178[1]. 186[1]
8 . . . 180
9 pr. 182[5]. 204 ff. 209. 213[1. 3]
9, 1 . . . 205 ff. 205[8]. 210[5b]
9, 2 . . . 17[2]. 206 f.
11 pr. . . . 263[1]
11, 1 . 180. 181[4]. 197[6]. 378[2]. 412
11, 2 . . . 180. 197[6]
12 pr. . . . 176[6]. 178[2]
13 . . . 64[2]
15 . . . 381. 502 ff. 507[4]
16 . . . 380
18 . . . 210[5a]. 234
45, 3, 7 pr. . . . 412
7, 1 . . . 504[1]
8 . . . 503. 504[1]
9 pr. . . . 504[1]
46, 1, 2 . . . 285[9]
5 15. 15[9]. 17[2]. 53[3]. 64. 187. 372[2. 3. 4]. 378[2]. 390. 455 ff. 473[4]
6 pr. . . . 192[7]
6, 2 . . . 192[7]

46, 1, 8, 1 . . . 192
8, 3 . . . 360. 360[5]. 367[3]
8, 5 . . . 84[9]
10 pr. . . . 43[3]. 216[2]
15, 1 . . . 505[12]
16, 4 . . . 361[1]
17 . . . 223[2]. 227[5]. 237[5]
21, 2 . . . 55[4]. 371
27 pr. . . . 308[1]
27, 2 . . . 308[1]
28 . . . 308[1]
36 . . . 223[2]. 227[2]. 229[4. 5]
39 43[2]. 187[1]. 229[4]. 237[?]. 238[6]
41, 1 199[3]. 201[6]. 226. 229[1]. 231. 237[6]
43 . . . 176[4]
51, 1 . . . 308[1]
51, 2 . . . 263[1]
51, 4 . . . 308[1]
52, 3 . . . 45[2]. 199[3]. 202
60 . . . 360[4]. 363[3]. 364
66 . . . 34[6]. 35
70, 5 . . . 191[8]
71 pr. . . 17[2]. 44[3]. 45[3]. 231[5]
46, 2, 1. 1 . . . 55[4. 4]
2 . . . 457[4]
8, 3 . . . 373[2]. 457[4]
8, 5 . . . 296[1]. 319. 378[4]
9 pr. . . . 15. 192[1]. 373[2]
9, 2 . . . 176[6]
28 . . . 176[6]. 188[1]
29 . . . 361[4]
31, 1 . . 183. 188[1]. 380. 380
46, 3, 1 . . . 372. 461[4]
24 . . . 185[1]
34 . . . 372[4]
34, 1 . . . 187[1]. 380
36 . . . 65[6]
38 . . . 371
38, 1 . . . 371
38, 2 . . . 187[1]. 358. 370 ff.
74 . . . 159[5]
76 . . 223[2]. 224. 227[2]. 229[4]

46, 3, 84 143[4]. 151[4]. 188. 358. 366. 374 f.
94, 1 . . . . 83[7]
95, 1 . . . . 315[4]
97 372
101, 1 372
103 . . . . 372. 372[4]
106 . . . . 504[1]
46, 4, 16 pr. . . . . 17[2]
46, 6, 12 226. 232. 237[5]. 307[3]. 308[3]
46, 8, 8 pr. 62
17 64
22, 8 61
47, 1, Tit.. 463
1 pr. . . . . 282[2]
1, 2 . . . . 84[9]
2 . . . . 463 ff.
2 pr. . . . . 39[4]. 462 f. 469[3]
2, 1 . 65[9]. 433[12]. 463 f. 466
2, 2 . . . 433[12]. 463 ff. 466
2, 3 433[12]. 439. 463. 463[1]. 464
2, 4 . . . . 463 ff. 475[1]
2, 5 . . . . 463 f. 466 ff.
2, 6 . . . . 463 ff. 475[1]
3 . . . . 84[10]
47, 2, 9 . . . . 394[3]
9, 1 . . 72[2]. 394[3]. 424. 424[1]
14, 11 . . . . 19[1]
17, 1 . . . . 83[4]. 464[9]
21, 9 . . 46[9]. 283[7]. 482. 487[4]
27, 3 . . . . 48[1]. 463[3]
28 . . . . 463[3]. 464
29 . . . . 48[1]. 108[2]
30 . . . . 464[10]
33 . . . . 475[4]
36 pr. . . . . 410[1]
42, 1 . . 60[1]. 170[1]. 206[4]. 357
46 . . . . 463[1]
46 pr. . . . . 282[4]
46, 1 . . . . 403[4]. 404 ff. 509[4]
46, 2 . . . . 404 ff.
46, 3 . . . . 404 ff.
46, 4 . . . . 404 ff. 507[4]
46, 5 . . . . 401[5]. 404 ff.
46, 6 . . . . 408[4]
47, 2, 46, 9 474
47 . . . . 473[illegible]
48 pr. 416
48, 1 . . . . 468[2]
48, 2 . . . . 468[2]
48, 3 . . . . 468[2]
52, 10 . . . . 402[4]
52, 14 . . . . 343[5]
55, 1 . . . . 449[7]
55, 3 . . 72. 417. 429. 481
57 pr. . . . . 473 f.
62, 1 . . . . 408[2]
62, 2 . . . . 353[3]. 408[2]
62, 5 . . . . 408[2]
66 417
67, 1 . . . . 472[8]. 473[6]
67, 3 . . . . 343[5]
68, 4 . . . . 442[4]
72 pr. . . . . 33[1]. 60[1]. 428
75 . . 402 ff. 405. 408[1]. 509[4]
77, 1 26. 284[2]. 343[5]. 404[2]. 480 f.
81, 1 . . . . 403[4]
81, 5 . . 33[2]. 43[3]. 45[3]. 393
81, 7 . . . . 83[7]. 389. 390 ff.
84, 1 . . . . 169[2]
89 . . . . 8[1]. 44[4]. 45[3]. 434
47, 3, 1, 1 . . . . 349[6]. 422
2 . . . . 420 ff. 463[1]
47, 4, Tit.. 472
1 pr. . . . . 472. 483[2]. 492[7]
1, 1 . . . 420[3]. 471[4]. 472[8]
1, 2 . . . . 472[4]
1, 8 . . . . 472[4]
1, 10 . . . . 420[4]
1, 14 . . . . 472[8]. 483[2]
1, 16 . . . 22[5. 5]. 472[8]. 500[6]
1, 17 . . . . 420. 483[1]
1, 19 46[9]. 333[2]. 482 f. 496. 500
47, 5, 1, 3 . . . . 28. 46[2]
47, 6, Tit.. . . . . 478[3]
1 pr. 341. 341[5]. 342[3]. 343[3]. 482
1, 1 170[8]. 172[4]. 341[6]. 342[2]. 344[5]. 345[9]
1, 2 . . . . 342[2]. 478[4]
1, 3 . . . 342[6]. 343[1]. 344[6]

47, 6, 2 . . . . 342[4]. 343[5.5]. 439
3 pr. 57[3]. 342[5]. 344[5]. 346[5]. 349[1]. 350 f.
3, 1 . . . . 350. 351[4]
3, 2 . . . . 342[1]. 343[2]
4 . . 343[4]. 401[5]. 402[2]. 407[1]
5 289[6]. 342[4.4]. 344[5.6]. 345[3]. 346. 347[2]. 347 ff. 350[5]. 352[7]
6 pr. 283[7]. 342[4]. 401[5]. 402[2]. 407[1]
6, 1 283[7]. 342[4]. 401[5]. 402[2]. 407[1]
47, 7, 5, 1 . . . . 80[4]. 107
6 pr. . . . . 47[1]. 376[5]. 488
6, 1 . . . . 376[5]. 400. 488
7, 4 . . . . 172[1]. 289[6]
7, 5 . . . . 289[6]
7, 6 . . . . 488[3]
8, 2 . . . . 48[1]
47, 8, 1 . . . . 57[3]. 354. 434
2 pr. . . . . 430[4.5]
2, 1 . . . . 43[8]
2, 8 . . . . 430[4.5]. 490[3]
2, 10 . 430[5]. 432[7]. 434[2]. 465
2, 11 . . . . 430[5]
2, 13 . . . . 432[1]. 433. 434[7]
2, 14 . . . . 344[2.5]. 345[2]
2, 15 . 342[4]. 344[5]. 345[2]. 478[3]
2, 16 . . . . 344[5]
2, 17 . . . . 430[5]
2, 18 . . . . 490[3]
2, 19 . . . . 344[5]. 490[3]
2, 20 . . . 431[2]. 464[8]. 490[3]
2, 23 . . . . 82[4]. 434[2]
2, 26 48[1]. 287[1]. 418[6]. 433. 464[8]
2, 27 . . . . 19[1]. 433
4, 11 . . . . 432[1]
5 . . . . 417[1]. 433
47, 9, 3, 5 . . . . 430[5]
47, 10, 1, 3 ff. . . . . 507[5]
1, 5 . . . . 509[1]
1, 8 . . . . 507[6]
1, 9 14[4]. 65. 84[11]. 107. 390[4]. 507[6]. 508
47, 10, 6 . . . . 57[3]
7, 5 . . . . 169[3]. 507[1]
11, 3—6 . . . . 289[3]. 479
11, 4 . . . . 481[1]
15, 24 . . . . 507[5]
15, 35 . . . . 507[6]
15, 45 . . . . 507[6]
15, 46 . . . . 74[7]. 141[1]
15, 48 . . . . 507[6]
15, 49 . . . . 510[1]
16 . . . . 401[5]. 510[1]
17, 2 . . . . 466[1]
17, 7 . . . . 169[4]. 289[6]
17, 10 508
18, 2 509
18, 4 . . . . 507[6]
18, 5 . . . . 507[6]
26 . . . . 507[6]
30, 1 . . . . 507[6]. 509[1.2]
31 . . . . 509[1.2]
34 . . 283[7]. 478[6]. 478 f. 506[6]
41 . . . . 106[9]. 507[6]. 508
47, 12, 3 pr. . . . . 70[3]. 397[6]. 398[3]
3, 8 510
3, 9 . 197[6]. 377[7]. 398[4]. 510
3, 10 399
6 . . . . 379[1]. 398. 510[4]
10 . . . . 510[4]
47, 19, 3 . . . . 43[8]
47, 23, Tit. 395
2 395
3 pr. . . 66[4]. 107. 377[2]. 395
3, 1 . . . . 395[4]. 398[2]
8 . . . . 66[4]. 395
48, 5, 6 pr. . . . . 349[6]
20, 2 . . . . 43[9]
33, 1 . . . . 43[9]
48, 7, 3 pr. . . . . 289[4]
48, 10, 15, 3 . . . . 289[6]
49, 1, 10, 3 . . . . 197[4.5.6]
10, 4 . . . . 197[4]
49, 14, 39, 1 . . . . 197[6]
46, 9 493
50, 1, 12 . . . . 309[2]
50, 8, 2, 9 . . . . 309[2]

50, 15, 5 pr. 223[2]. 224[1]. 226[2]. 227[2]. 232. 238[1]
50, 16, 10 . . . . 361[1]
187 . . . . 159[5]
233 pr. . . . . 474[2]
50, 17, 4 . . . . 289[6]
23 . . . . 409[4]
38 . . . . 95[3]
43, 1 39[2]. 54[5]. 56. 61[1]. 197[6]
50 . . . . 170[8]
57 . . . . 49[1]. 189[3]
58 . . . . 441. 444. 444
86 . . . . 361[4]
87 . . . . 361[4]
112 61
130 . . 39[4]. 66[5]. 163[2]. 457[5]
138, 1 . . . . 464[10]
154 . . . . 425[5]
157 pr. . . . . 289[6]
167, 1 . . . . 289[6]
169 pr. . . . . 289[6]
173, 2 . . . . 210[5, 6]

3. Institutiones.

2, 1, 29 . . . . 421. 422[7]
2, 20, 14 . . . . 455[1, 2]
3, 16 pr. 175. 177. 177[5]. 181[5]. 378[2]. 502
1 17[2]. 183. 188. 336. 378[2]. 380[7]. 380 f.
3, 19, 4 . . . . 180[8]. 182[3]
3, 23 pr. . . . . 446[6]
3 a 409
4, 1, 8 . . . . 469[4]
16 . . . . 45[5]
19 . . . . 417[8]. 421
4, 2 pr. . . . . 430[5]. 434. 491
1 . . . . 490[3]
4, 3, 9 . . . . 136[2]
4, 4, 4 . . . . 510[1]
4, 5, 2 447
4, 6, 1 . . . . 69[3]
18 . . . . 439[7]
19 . . . . . 354. 406[4]. 434
30 . . . . 469[8]
33—33 e . . . . 143[5]
4, 8, 4 . . . . 439[7]
4, 9, 1 . . . . . . 39[4]. 66[5]. 163[2]
4, 13, 5 . . . . 69[3]
10 . . . . 143[5]

C. Byzantinische Quellen.

Basil. 7, 2, 34 . . . . 384[4]
14, 1, 59, 3 . . . . . . 197[3]
38, 18, 2 . . . . 231[5]
50, 2, 23 . . . . 442[4]
51, 2, 14, 3 . . . . . . 425[1]
28 . . . . 424[1]
60, 1, 3, 3 . . . . 474[4]
60, 3, 11, 4 . . . . . . 487[5]
48 . . . . 472[1]
60, 12, 76, 1 . . . . . . 481[4]

Basiliken-Scholien.

Anonymos zu 18, 5, 14. . . . 251[3]
22, 5, 30, 3 . . . 399[1]
28, 11, 3. . . . . 449[2]
5. 448[4]. 451[6]
Anonymos zu 38, 3, 1 . . . . 309[2]
60, 4, 1, 1 . . . 441[10]
1, 7 . . . 447[1]
60, 10, 4. . . . 439[6]
18. . . . 389[2]
Dorotheos zu 28, 11, 3 . . . 449[6]
17 . . . 414[7]
60, 3, 11, 2 . . . 486[5]
48 . . . 472[1]
60, 12, 28 . . . 464[10]
42 . . . 357[4]
83 . . . 169[2]
60, 15, 6 . . . 407[1]
60, 17, 24 . . . 426[6]
Kyrillos zu 18, 5, 14 . . . . 251[3]
60, 10, 18 . . . . 389[2]

Stephanos zu 11, 1, 9 . . . . 383[8]
13, 1, 5 . . . . 216[6]
7 . . . . 217[1]
18, 5, 3, 12 . . 447[3]
11, 8 . . . 254[1]
14 . . . . 251[3]
47, 3 . . . 263[4]
54 . . . . 250[3]
23, 1, 44 . . . 200[4]
60, 1, 3, 3 . . 474[3, 4]
60, 5, 7, 1 . . . 340[2]
31 . . . . 343[5]
60, 10, 4 439[6]. 447f. 450[5]
Stephanos zu 60, 10, 5 441[2]. 447[3, 5]
19 450[6]. 453
Thalelaios zu 17, 2, 3 . . . . 56[4]
38, 18, 1 . . . . 227[5]
2 . . . . 229[5]
Schol. Veron. 165 . . . . . . 227[5]
Spätere Scholien zu 60, 3, 11, 4. 487[5]
60, 4, 1, 7 . 447[3]
60, 10, 4 . 447[3, 3]
19. 452[12, 12]
60, 12, 56 . 473[6]
76, 1. 481[3, 4]
Coll. de contutor. 197[6]. 230. 230[6]. 231[3]
Theoph. paraphr. zu Inst. 4, 13, 5 69[3]

D. Moderne Quellen.

BGB. § 366 372
§ 758 . . . . 130[1]
GewO. § 151 . . . . 293[1]
StGB. §§ 74ff. 462
StPO. § 3 . . . . 16[6]

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G.m.b.H., Berlin-Schöneberg.